

O SISTEMA BRASILEIRO ANTICORRUPÇÃO: ANÁLISE HISTÓRICA E ASPECTOS CRÍTICOS

IGOR PEREIRA PINHEIRO

Dissertação apresentada como trabalho científico final do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas – Especialidade em Direito Constitucional – pela Universidade de Lisboa, sob a orientação da Professora Doutora Susana Antas Videira.

Lisboa/Portugal

Junho de 2019

“A corrupção tem custos elevados para o país, financeiros, sociais e morais. (...) O pior custo, todavia, é provavelmente o custo moral, com a criação de uma cultura de desonestidade e esperteza, que contamina as pessoas ou espalha a letargia.

A cidadania, no Brasil, vive um momento de tristeza e angústia. Uma fotografia do momento atual pode dar a impressão de que o crime compensa e o mal venceu. Mas seria uma imagem enganosa. O país já mudou e nada será como antes. A imensa demanda por integridade, idealismo e patriotismo que hoje existe na sociedade brasileira é uma realidade inescapável. Uma semente foi plantada. O trem já saiu da estação. Há muitas imagens para ilustrar a refundação do país sobre novas bases, tanto na ética pública quanto na ética privada. É preciso empurrar a história, mas ter a humildade de reconhecer que ela tem o seu próprio tempo. E não desistir antes de cumprida a missão.” – LUÍS ROBERTO BARROSO¹

¹ (CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.18-19).

À Tânia, minha esposa amada e inseparável, com todos os agradecimentos possíveis pela paciência e incentivo necessários para essa “jornada anticorrupção além-mar”, que parece nunca acabar, mas que só é possível dar seguimento graças ao seu apoio e zelo com a nossa família. Te amo!

À Sofia, que nasceu no desabrochar de uma virada civilizatória esperada há séculos pela população brasileira e que esperamos siga marcha a frente, a despeito das sucessivas tentativas infrutíferas do *status quo* no sentido de garantir a velha impunidade a que estão mal-acostumados os seus integrantes. Que um dia, filha, você possa ver como a minha geração lutou para entregar um país minimamente justo para a sua e as futuras gerações. Sigam o exemplo e lutem o bom combate, pois os maus só prosperam diante da omissão e covardia dos bons!

AGRADECIMENTOS

Dizem que é perigoso nominar pessoas quando se quer agradecer, pois há o risco de esquecer alguém. Isso é verdade, mas prefiro arriscar a deixar de agradecer àqueles que contribuíram ao longo da minha vida para que alcançasse meus objetivos.

Começo me lembrando de Deus, que até aqui me deu mais do que eu imaginaria ser possível conquistar por toda a vida. Sou extremamente grato ao Senhor por tudo, a começar pela família maravilhosa (“Camelinhas”) que tive, cujos ensinamentos religiosos, éticos e morais necessários para a vida levarei para sempre comigo.

Na sequência, não poderia deixar de agradecer à minha mãe Conceição, pela dedicação, incentivo, apoio, paciência e, sobretudo, amor incondicional. Também, ao meu irmão Iuri, por toda a compreensão e senso de humor inigualável, que sempre me faz rir mesmo nas horas mais difíceis.

Aos meus tios (Luís Pereira, “Cacá”, José e “Camelão”), tias (Eugênia – uma segunda mãe, Fátima, Rose, Aparecida, Nieta, Socorro, “Pôpô”, France, Solange e Claudia) e primos (em especial, ao Diego) fica o registro do meu eterno agradecimento, por todo o apoio e paciência nos momentos difíceis! Também não poderia deixar de citar os “tios e tias de coração”, que igualmente sempre deram todo o apoio na minha caminhada, como Tio Carlos Meneses e Tia Norma (que me recebeu em Brasília como um filho). Da mesma forma, a querida Zélia, que desde criança sempre procurou fazer o melhor para todos.

Ao meu sogro Assis e à minha sogra Socorro, que me acolheram verdadeiramente como um filho no seio familiar, bem como a todos os “Moreiras” pela cordialidade de sempre.

Ao meu cunhado Wilson (“Leão” e “benfiquista SLB” de coração) e à minha concunhada Fernanda, pela fraterna e calorosa recepção em Lisboa nos períodos de estudo.

Aos meus amigos André Clark Nunes Cavalcante, Luís Laércio Fernandes, Iuri Rocha Leitão, Deric Funck Leite, Franke José Soares, Márcia Lopes Pereira, Patrick Augusto Correia, Eloilson Augusto da Silva Landim, Maria Alice Diógenes, Valeska Catunda Bastos e Márcio Andrade Torres, que sempre me apoiaram e colaboraram ao longo da jornada ministerial.

Aos Ex-Corregedores do Ministério Público do Ceará, José Maurício Carneiro e Marcos Tibério Castelo Aires, bem como ao Ex-Corregedor Nacional do Ministério Público, Dr. Alessandro Tramujas, que nunca fizeram qualquer tentativa de ingerência sobre meu trabalho, a despeito das inúmeras tentativas de retaliação dirigidas contra mim ao longo do exercício da função. Também aos colegas e assessores da Corregedoria, Francimauro Ribeiro, Daniel Isídio, Diassis Leitão, Eduardo Tsunoda, Osiete Cavalcante e Guilherme Soares.

Aos Procuradores de Justiça Maria Neves Feitosa Campos, José Wilson Sales Júnior e Socorro Brito Guimarães, amigos do 2º grau para todas as horas, seja para conselhos, seja para advertências decorrentes da experiência!

Ao Professor Flávio Cardoso Pereira, que de examinador passou a ser um dos mais importantes amigos que a vida acadêmica me deu, sendo fonte de inspiração nas pesquisas e o primeiro a abrir as portas do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS) para que eu vivesse um sonho que achava impossível. Obrigado por tudo!

Ao também Professor e hoje amigo de magistério no CERS, Rogério Sanches Cunha, que me recebeu de braços abertos na aventura de lecionar para todo o Brasil, ensinando-me a praticar a humildade e a generosidade que apenas os grandes sábios possuem.

Aos amigos do CERS pela amistosa recepção e convívio salutar. Para mim, é uma grande honra estar ao lado de todos, em especial de alguns que me deram aulas quando ainda sonhava em ser Promotor de Justiça. Nesse tocante, agradeço, em especial, a Renato e Guilherme Saraiva pela confiança depositada no meu trabalho, bem como à Andrea Bemfica, Janaína Marçal e toda a equipe

de produção que nos ajudam na missão de difundir conhecimento para todo o país.

Também não poderia deixar de registrar meu agradecimento aos amigos de longas datas “Rominho” e “Eduardo PG”, por todo o companheirismo nas horas mais difíceis.

Ao colega e ex-Diretor da Escola Superior do Ministério Público, Dr. Benedito Augusto da Silva Neto, que sempre abriu as portas do nosso órgão acadêmico para todos, independentemente das “alas políticas”.

Aos estimados Professores Jorge Miranda, Jorge Reis Novais, Carlos Blanco de Moraes, Maria João Estorninho e Eduardo Vera-Cruz, com os quais muito aprendi no Mestrado e Doutorado e cujas lições, em especial de vida, levarei comigo para sempre.

À minha querida orientadora, Professora Susana Videira, que, com sua cordialidade e simpatia peculiares, estimulou-me a pesquisar o tema da corrupção sem quaisquer preconceitos ou barreiras.

Também menciono aqui meu agradecimento ao companheirismo do amigo Edilberto Oliveira (contemporâneo nos cursos em Lisboa), que sempre se colocou à disposição para me ajudar e aconselhar nos desafios acadêmicos e profissionais.

Por fim, ao Ministério Público do Ceará, instituição à qual com muito orgulho e honra sirvo no ideal de combater a corrupção e que me permitiu ir “além-mar” atrás de novos horizontes nessa missão!

RESUMO

O fenômeno da corrupção não é, ao contrário do imaginário popular e das alarmantes notícias jornalísticas pós “Operação Lava-Jato”, um problema especialmente brasileiro. Trata-se de uma lamentável prática presente na história da humanidade desde sempre e assim será até o fim dos nossos dias na Terra, haja vista a inquestionável ganância de alguns em sempre obter vantagens patrimoniais indevidas. O que muda no enfrentamento à corrupção em terras brasileiras para os países mais desenvolvidos é a eficácia da resposta estatal, que se dá por meio de uma conscientização cívica desde as tenras idades e se complementa com um sistema normativo condizente com as melhores práticas anticorrupção. Sem adentrar no primeiro aspecto, de matiz meta jurídica, o presente trabalho se propõe a realizar um estudo em perspectiva geral do chamado sistema brasileiro anticorrupção, que é composto por princípios e regras esparsas da ordem jurídica. Assim, o leitor terá acesso a uma pesquisa sobre o histórico do combate à corrupção nas constituições brasileiras até a atual, cujo estudo far-se-á de maneira integrada com as principais normas da atualidade que lhe são conexas. Para tanto, procuramos apresentar os principais pontos de vista doutrinários e jurisprudenciais, sem deixar de manifestar nossa opinião.

Palavras-chave: Corrupção. Mandados Constitucionais Anticorrupção. Tutela Mínima Anticorrupção. Sistema Brasileiro Anticorrupção.

ABSTRACT

The phenomenon of corruption is not, contrary to popular imagery and alarming news reports after "Operation Lava-Jet", a problem especially Brazilian. It is an unfortunate practice in the history of mankind from the beginning and will be until the end of our days on earth, given the unquestionable greed of some in always obtaining undue patrimonial advantages. What changes in the fight against corruption in Brazilian lands for the most developed countries is the effectiveness of the state response, which takes place through civic awareness from the earliest ages and is complemented by a normative system consistent with the best anticorruption practices. Without going into the first aspect, with a legal goal, the present work proposes to carry out a general perspective study of the so-called Brazilian anti-corruption system, which is composed of scattered principles and rules of the legal order. Thus, the reader will have access to a research on the history of the fight against corruption in the Brazilian constitutions until the present, whose study will be done in an integrated way with the main current norms that are related to it. To do so, we seek to present the main doctrinal and jurisprudential points of view, while expressing our opinion.

Keywords: Corruption. Constitutional warrants Anticorruption. Minimum Guardianship Anticorruption. Brazilian Anti-Corruption System.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
------------------------	-----------

CAPÍTULO I - BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA BRASILEIRO ANTICORRUPÇÃO.....	30
---	-----------

1. O combate à corrupção nas Constituições Brasileiras.	30
2. A Constituição Imperial de 1824.....	34
3. A Constituição Republicana de 1891.....	42
4. A Constituição de 1934.....	46
5. A Constituição de 1937.....	50
6. A Constituição de 1946.....	52
7. A Constituição de 1967.....	55
8. A Constituição de 1988.....	57

CAPÍTULO II - PANORAMA ATUAL DO SISTEMA BRASILEIRO ANTICORRUPÇÃO.....	58
--	-----------

1. A estrutura normativo-hierárquica do sistema brasileiro anticorrupção.....	59
2. A Constituição Federal de 1988 e os mandados constitucionais anticorrupção.....	61
3. Os Tratados e Convenções Internacionais anticorrupção como normas jurídicas reforçadas e a tutela mínima anticorrupção do direito brasileiro.....	133
4. As Leis brasileiras anticorrupção.....	143

5. Decretos e regulamentos decorrentes das leis anticorrupção, bem como resoluções normativas dos órgãos constitucionais autônomos.....208

6. Classificação da corrupção à luz do Direito Brasileiro.....212

CAPÍTULO III - A TIPOLOGIA DOS ATOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL E SUAS PECULIARIDADES PROCESSUAIS.....217

3.1. Crimes de responsabilidade enquanto infrações político-administrativas (previstos nos artigos 29-A, §§2º e 3º; artigo 50, §2º; artigo 85, *caput*, todos da Constituição Federal; nas Leis Federais nº1.079/1950, nº7.106/1983 e nos artigos 4º e 7º, do Decreto-Lei nº201/1967).....217

3.2. Crimes de responsabilidade do Presidente da República enquanto infrações político-Administrativas previstas na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº1.079/1950 relacionados com a corrupção.....222

3.3. Crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado enquanto infrações político-administrativas previstas na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº1.079/1950 relacionados com a corrupção.....228

3.4. Crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e demais integrantes do Poder Judiciário (incluindo membros do Conselho Nacional de Justiça), bem como do Procurador-Geral da República, dos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e do Advogado-Geral da União, Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais, enquanto infrações político-administrativas previstas na Lei nº1.079/1950 e relacionados com a corrupção.....229

3.5. Crimes de responsabilidade dos Governadores de Estado e dos Secretários Estaduais previstos na Lei nº1.079/1950 relacionados com a corrupção.....235

3.6. Crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais enquanto infrações político-administrativas previstas no Decreto-Lei nº1.079/1950 e relacionados com a corrupção.....	238
3.7. Crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais enquanto infrações penais comuns previstas no artigo 1º, do Decreto-Lei nº201/1967.....	238
3.8. Quebra de decoro parlamentar.....	252
3.9. Crimes Contra a Administração Pública.....	255
3.9.1. Delimitação conceitual.....	255
3.9.2. Crimes contra a Administração Pública e crimes funcionais.....	258
3.9.3. Concurso de pessoas nos crimes contra a Administração Pública.....	259
3.9.4. Conceito de Funcionário Público para fins penais.....	260
3.9.5. Rito processual especial dos crimes funcionais.....	262
3.9.6. Independência das instâncias penal e administrativa.....	263
3.9.7. Efeitos da condenação e perda do cargo efetivo.....	264
3.9.8. Efeitos da condenação nos crimes praticados por Deputados Federais e Senadores.....	266
3.10. Crimes licitatórios.....	270
3.11. Crime de lavagem de dinheiro.....	277
3.12. Crimes de corrupção nas eleições.....	283
3.13. Corrupção cível-eleitoral.....	296
3.13.1. Abusos de Poder nas eleições.....	296
3.13.2. Captação e gastos ilícitos em campanha.....	305

3.13.3. Captação ilícita de sufrágio.....	306
3.13.4. Condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral.....	312
3.14. Atos de improbidade administrativa.....	319
CONCLUSÕES.....	346
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	348

1 – INTRODUÇÃO.

O Brasil atravessa o período de maior turbulência político-institucional desde a sua última redemocratização, que ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pós-ditadura militar com duração superior a duas décadas.

A mola propulsora do atual contexto, embora não exclusiva, vem de Curitiba, especificamente da 13ª Vara da Justiça Federal, a partir da deflagração da chamada “Operação Lava-Jato”, que tinha o objetivo inicial de investigar um esquema de lavagem de dinheiro envolvendo doleiros, sem qualquer prognóstico inicial de participação relevante dos integrantes da alta classe política local, regional ou nacional.

Ocorre que as investigações que dali se sucederam e os posteriores atos processuais² bem demonstram a razão da população brasileira associar a

² Dentre todos, cito, à título de exemplo, as prisões, condenações e recolhimento ao cárcere de agentes políticos ocupantes dos mais elevados níveis da federação (ex-Presidentes da República; Ex-Presidentes da Câmara dos Deputados; Senador líder do Governo de plantão, Deputados Federais, Governadores e, até mesmo, quase um Tribunal de Contas inteiro, caso do Estado do Rio de Janeiro), bem como de empresários tidos como bem-sucedidos e donos de verdadeiros “impérios” comerciais, alguns com ações “além-mar”, como era o caso da empreiteira Odebrecht; o *impeachment* da então Presidente da República, Sra. Dilma Rousseff, pela prática de crime de responsabilidade (as chamadas “pedaladas fiscais”); a absolvição do sucessor, Sr. Michel Temer, pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) da acusação de abuso de poder político e econômico na campanha presidencial de 2014, com o voto de minerva do Sr. Ministro Gilmar Mendes (então Presidente da Corte), não pela improcedência da acusação ou ausência de provas, mas pela “necessidade” de manutenção da “governabilidade” do país; a apresentação de 03 (três) denúncias criminais pela Procuradoria Geral da República contra o então Presidente da República em exercício, Sr. Michel Temer, pela suposta prática de atos de corrupção e ilícitos correlatos, alguns deles cometidos no exercício da Presidência da República; prisão de um assessor político que detinha um *banker* financeiro com mais de R\$51.000.000,00 (Cinquenta e um milhões de reais, em cédulas de R\$100 - cem reais - e R\$50 - cinquenta reais), cujo valor foi ultrapassado, recentemente, pela descoberta de outro *banker* similar com mais de R\$100.000.000,00 (Cem milhões de reais), sendo que o primeiro era ligado ao Governo Michel Temer e o outro ao PSDB; a manutenção, à unanimidade de órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da condenação decretada ao ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, inclusive com aumento de pena, no famoso “Caso Tríplex do Guarujá”, por corrupção e lavagem de dinheiro, que resultou no posterior reconhecimento de sua inelegibilidade e o consequente indeferimento do seu registro de candidatura ao cargo de Presidente da República nas eleições de 2018; por fim, os sucessivos episódios de prisão preventiva e soltura posterior do Ex-Presidente Michel Temer por supostos atos de corrupção, iniciados em 22/02/2019 e cujo último capítulo deu-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 14/05/2019, com a revogação da segregação cautelar e imposição das medidas cautelares de recolhimento do passaporte e de contato com outros investigadores.

imagem do político com a de uma pessoa desonesta³, já que ficou provado judicialmente (com direito ao mais amplo contraditório e ampla defesa) que boa parte do processo eleitoral nacional e o posterior exercício dos mandatos executivos ou parlamentares conquistados (*rectius*: comprados) fundavam-se em multifacetados atos de corrupção⁴.

Enfim, a verdade é que a revelação pela “Operação Lava-Jato” dos variados esquemas de corrupção existentes entre boa parte dos principais políticos e empresários do país colocou o tema “corrupção” na pauta do dia do Poder Judiciário (que estabeleceu meta específica para o julgamento dos casos de corrupção em todo o país⁵, sem embargo de outras estratégias já existentes no âmbito das instituições de controle⁶) e da população brasileira, tendo o

³ De acordo com pesquisa realizada pelo Fórum Econômico Mundial em 2016 (<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=EOSQ041>), a população brasileira, dentre as 137 analisadas, é a que menos confia na sua classe política.

⁴ “O modo de fazer política e de fazer negócios no país passou a funcionar mais ou menos assim: (i) o agente político relevante indica o dirigente político do órgão ou da empresa estatal, com metas de desvio de dinheiro; (ii) o dirigente indicado frauda a licitação para contratar empresa que seja parte no esquema; (iii) a empresa contratada superfatura o contrato para gerar o excedente do dinheiro que vai ser destinado ao agente político que fez a indicação, ao partido e aos correligionários. Note-se bem: este não foi um esquema isolado! Este é o modelo padrão.” (Prefácio do Ministro Luís Roberto Barroso, *in* CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance...*, *op. cit.*, p.18).

⁵ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do programa “Meta 4” de 2015, determinou que todos os Tribunais do Brasil identificassem e julgassem até 31/12/2015 pelo menos 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública distribuídas até 31/12/2012. Maiores detalhes em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/bf79e5236530afa495e491cc76e235d2.pdf>, acessado em 25/04/2019, às 08:55 horas.

⁶ Cito como exemplo a chamada Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). “Criada em 2003, é a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas voltadas ao combate àqueles crimes. O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), vinculado à Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública, atua como secretaria-executiva da Enccla, por intermédio da Coordenação-Geral de Articulação Institucional do DRCI. O trabalho é concretizado nas chamadas Ações, as quais são elaboradas e pactuadas anualmente pelos membros da ENCCLA. Para cada uma delas, cria-se um grupo de trabalho composto por vários órgãos e instituições, o qual tem como mandato o alcance de um ou mais produtos predefinidos, por meio de atividades como realizar estudos e diagnósticos legais-normativos e de composição de bancos de dados, elaborar propostas legislativas, averiguar o estado da arte de sistemas de cadastros, indagar necessidades e promover soluções em TI, buscar eficiência na geração de estatísticas e realizar eventos voltados à evolução dos temas por meio de debates. Os grupos de trabalho costumam reunir-se mensalmente. No cenário mundial, a ENCCLA tem cumprido papel essencial para atender,

mesmo sido eleito como prioridade nacional no ano de 2015, como aponta pesquisa realizada pela Folha de São Paulo⁷, ganhando até mesmo de assuntos clássicos nesses tipos de enquete, como saúde, educação, desemprego e violência.

Tal percepção continua muito presente no atual contexto nacional, uma vez que o processo eleitoral brasileiro de 2018 foi marcado, em parte, pelo fenômeno dos *outsiders* contra a corrupção (expressão que vingou na imprensa e no meio político), que ficaram conhecidos como as pessoas eleitas sem qualquer ligação anterior com o sistema político-eleitoral e que prometeram usar o mandato popular⁸ para um combate mais rigoroso contra a essa prática de origem colonial⁹.

ainda, as recomendações internacionais. Ao longo desses anos, os trabalhos desenvolvidos pela ENCCLA trouxeram diversos resultados positivos no combate ao crime de lavagem de dinheiro e às práticas de corrupção.” (Texto extraído de <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos> e acessado em 25/04/2019, às 09:05 horas). Por fim, destacamos a Recomendação nº42/2016, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que orienta a todos os ramos do MP Brasileiro “a criação de estruturas especializadas no Ministério Público para a otimização do enfrentamento à corrupção, com atribuição cível e criminal”. Para maiores detalhes, acessar http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/RECOMENDAO_42.pdf.

⁷ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml> e acessado em 25/04/2019, às 09:10 horas.

⁸ Dois exemplos são bem notórios: a) O Presidente Jair Bolsonaro, que, embora não seja nenhum novato na vida política nacional (ocupante de mandato parlamentar – estadual e federal – desde 1999), apresentou-se como alguém comprometido com o fim da corrupção no Brasil, tendo, uma vez eleito, nomeado o juiz Sérgio Moro (símbolo maior da “Operação Lava-Jato”) para o Ministério da Justiça com o fim declarado de intensificação daquela promessa de campanha e antecipação pública de que será seu indicado para integrar o Supremo Tribunal Federal na próxima vaga que surgir; b) O Professor e Juiz de Direito aposentado Luiz Flávio Gomes, que, desde o início de sua campanha a Deputado Federal pelo Estado de São Paulo, apresentou-se como o “seu Deputado contra a corrupção.”

⁹ “Conta a historiografia nacional que o processo de descobrimento e colonização do Brasil foi marcado por uma cultura corrupta e personalista, tendo como marco referencial inicial a carta escrita por Pero Vaz de Caminha ao Rei Dom Manuel, já em 01/05/1500, com o pedido explícito de que seu genro (Jorge de Osório) fosse enviado à terra recém-descoberta por mero desejo pessoal daquele capitão náutico. Dizia assim a parte final da citada carta: E desta maneira dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta Vossa terra vi. E se a um pouco alonguei, Ela me perdoe. Porque o desejo que tinha de Vos tudo dizer, mo fez pôr assim pelo miúdo. E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro -- o que d'Ela receberei em muita mercê. Beijo as mãos de Vossa Alteza. Deste Porto Seguro, da Vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500. Pero Vaz de Caminha.” (PINHEIRO, Igor Pereira. *Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral*, Belo Horizonte: 2ª ed., 2018, p.10).

Vejamos, pois, alguns dos dados estatísticos que indicam a boa aceitação, nas eleições de 2018, dos chamados *outsiders*.

O Senado da República teve uma renovação superior a 85% (oitenta e cinco por cento), pois, das 54 (cinquenta e quatro) vagas abertas para concorrência, 46 (quarenta e seis) foram ocupadas por novatos¹⁰. Isso significa dizer que a cada 4 (quatro) senadores que tentaram a reeleição, 3 (três) não se reelegeram, incluindo o então Presidente do Congresso Nacional, Sr. Eunício Oliveira¹¹, também investigado na “Operação Lava-Jato”.

Do outro lado do Parlamento Brasileiro (Câmara dos Deputados), merece registro o fato de que, pela primeira vez nos últimos 20 (vinte) anos, os Deputados Federais reeleitos representam menos da metade das cadeiras concorridas (apenas 251 – duzentos e cinquenta e um – foram reeleitos, em contraponto aos 262 - duzentos e sessenta e dois eleitos - pela primeira vez para esse cargo)¹².

No âmbito do Poder Executivo a nível estadual (candidatura para os cargos de Governador e Vice-Governador), constatou-se a eleição de 12 (doze) pessoas que nunca tinham ocupado qualquer cargo no âmbito daquele poder¹³, sendo que alguns, até a semana anterior ao pleito, sequer constavam nas pesquisas eleitorais como aptas a irem ao segundo turno, como foi o caso de Romeu Zema (atual Governador do Estado de Minas Gerais) e do ex-juiz federal Wilson Witzel (atual Governador do Estado do Rio de Janeiro), que venceram,

¹⁰ Alguns nem tão novatos assim, pois temos casos de ex-Governadores ou Deputados eleitos, como é o caso do Sr. Cid Ferreira Gomes, eleito Senador pelo Estado do Ceará e que ocupara a Chefia do Executivo Estadual até o fim de 2014.

¹¹ Para um maior detalhamento dos dados estatísticos apresentados, consultar: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/08/eleicoes-senado-tem-a-maior-renovacao-da-sua-historia>.

¹² Para um maior detalhamento dos dados estatísticos apresentados, consultar: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/com-reeleicao-abaixo-de-50-camara-tera-renovacao-recorde.shtml>.

¹³ Dado extraído do site: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/10/30/12-governadores-eleitos-nao-tem-experiencia-em-cargos-do-executivo.htm>.

com folga, políticos tradicionais que outrora ocuparam cargos de chefia do Poder Executivo local.

Esse fenômeno é um indicativo forte da crença, pelo menos da maioria do povo brasileiro, no imaginário da “nova política”, contraposta às práticas corruptas expostas pela “Operação lava-Jato”. Essa percepção de corrupção no Brasil também foi sentida pela Organização Não-Governamental Transparência Internacional¹⁴, que, no seu ranking anual de percepção da corrupção no setor público referente ao ano de 2018 (e publicado em 2019), colocou o Brasil em 105º lugar, dentre 180 (cento e oitenta) países listados, em uma queda de 9 (nove) pontos em relação ao ano de 2018, com pontuação abaixo da média mundial e atrás de países sem qualquer tradição civilizatória, como Gana, Burkina Faso, Kuwait e Panamá¹⁵.

É importante registrar que o país vem caindo, ano após ano, nesse ranking. Para se ter uma ideia, na comparação entre os relatórios sobre os anos de 2017 (em que figurou em 96º lugar) e 2016 (em que figurou em 79º lugar)¹⁶, o Brasil caiu 26 (vinte e seis) posições de lá para cá. Sem dúvidas, esses dados preocupam, em especial quem não tem familiaridade com o assunto. Mas, ao contrário do que se possa crer, esses rebaixamentos sucessivos, que abalam a credibilidade internacional e prejudicam a economia do país¹⁷, não significam só que as práticas de corrupção tenham aumentado. O que a pesquisa traz de mais

¹⁴ “Ao longo de duas décadas de trabalho, a TI figura atualmente no cenário mundial como uma referência no combate e nos estudos sobre a corrupção em âmbito global, sendo frequentemente citada nas leituras acadêmicas e na mídia, especialmente por divulgar anualmente indicadores sobre o grau de corrupção nos países, uma inovação que trouxe parâmetros de comparação internacional. (...) Analogicamente, a relevância da transparência internacional nos dias de hoje equipara-se a da Anistia Internacional (*Amnesty Internacional – AI*), sendo que a primeira está para a luta contra a corrupção tal qual a segunda está para a defesa dos direitos humanos.” (HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção – Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp.75-76).

¹⁵ Uma análise completa da pesquisa pode ser feita em: <http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#novas-medidas>.

¹⁶ Disponível em https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017, e acessado em 05/04/2018, às 14:30 horas.

¹⁷ Estima-se que, entre 2015 e 2016, o Produto Interno do Brasil caiu 7,2%, sendo apontado como a pior recessão desde 1948. Cf.

relevante é que o Brasil, seja com a Ação Penal nº470 (o chamado “Escândalo do Mensalão”), ou com a “Operação Lava-Jato”, conseguiu superar, em parte, o histórico de impunidade da classe política e dos grandes empresários, que, desde sempre, lucraram à base da corrupção, sendo, porém, necessário ir além e avançar em termos legislativos e estruturais, o que não se vislumbra com tanta certeza num futuro próximo, a despeito de diversas iniciativas nesse sentido¹⁸.

E a razão parece-me óbvia: como parlamentares investigados ou processados por atos de corrupção vão se interessar em agir contra si, reforçando a legislação e os órgãos de controles? Se fosse para aprovar anistia ao “Caixa 2”, a postura seria outra, sem dúvidas, pois não raro tem-se notícia das tentativas de aprovação relâmpago de leis dessa natureza na calada da noite¹⁹. Prova disso é a recente Lei Federal nº13.831/2019, sancionada pelo atual Presidente da República (Sr. Jair Messias Bolsonaro), que isentou, imoralmente, os partidos de multas eleitorais por infração à lei eleitoral.

Infelizmente, nas Américas, não há, um poder central multilateral superior, como ocorre na Europa, em que as diretrizes básicas anticorrupção são aprovadas para implementação obrigatória pelos Estados-Membros da União Europeia. Os Tratados internacionais, via de regra, trazem as cláusulas de supremacia do direito interno, o que, por exemplo, até hoje impediu que o crime de enriquecimento ilícito fosse tipificado no Brasil²⁰, embora o fato do agente

¹⁸ Existem diversas proposições legislativas sobre o assunto, merecendo destaque: 11.1) as “10 Medidas Contra a Corrupção”, formuladas pelo Ministério Público Federal e convertidas no Projeto de Lei nº4850/2016, fruto de iniciativa popular (para acompanhar a tramitação, basta consultar <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>); 11.2) o recente “Pacote Anticrime”, apresentado ao Congresso Nacional, em 2019, pelo Ministro Sérgio Moro (Projetos de Leis 881/2019, 882/2019 e 38/2019), cujo teor é muito aquém das expectativas no que diz ao enfrentamento à corrupção, em especial na área eleitoral (veremos isso mais a frente).

¹⁹ <https://g1.globo.com/politica/noticia/movimento-nos-bastidores-do-congresso-busca-recriar-proposta-de-anistia-ao-caixa-2.ghtml>

²⁰ É importante deixar registrado que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, incorporada ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, estabelece, em seu art. 20, que o Estado Parte “considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito”. Além disso, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto nº4.410/2002, dispõe no art. IX que: “os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo

público possuir patrimônio incompatível com a sua renda seja tipificado como ato de improbidade administrativa (ilícito cível) à luz da Lei nº 8429/92²¹ e sem qualquer objeção por parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²².

Pois bem, no presente trabalho, não nos ocuparemos do estudo (complexo, diga-se de passagem) sobre as origens e causas de todo esse estado sistêmico da corrupção no Brasil. Porém, apenas para deixar clara a nossa opinião, não aceitamos como verdade incontestável a tese simplista que imputa à “herança maldita” da colonização portuguesa toda – ou quase toda – responsabilidade pelo atual estado das coisas no Brasil, ignorando a circunstância de que, a despeito das reiteradas práticas corruptas naquele processo, tal não pode ser apontado com uma força tão determinante e eterna nos rumos de um país que se declarou independente há quase 200 (duzentos) anos do “responsável” e que não consegue se ajustar aos patamares aceitáveis dessa prática desonesta²³.

significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.”

²¹ Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

²² “Na apuração do ato de improbidade, previsto no art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, cabe ao autor da ação o ônus de provar a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente, no exercício de cargo público. Uma vez comprovada essa desproporcionalidade, caberá ao réu, por sua vez, o ônus de provar a licitude da aquisição dos bens de valor tido por desproporcional.” (STJ, AgRg no AREsp 548.901/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2016).

²³ “A maneira como se deu a colonização brasileira – sucintamente descrita nas linhas anteriores – é normalmente apontada como a causa determinante de todas as dificuldades enfrentadas para o desenvolvimento econômico e social e a denominada ‘herança portuguesa’ é mencionada como a razão para os elevados índices de corrupção vigentes no Brasil. (...) As raízes da corrupção brasileira não mais se encontram em nosso passado colonial, ou em características da personalidade do brasileiro. Não se pode atribuir à herança de Portugal culpa por não ter o Brasil conseguido, até os dias atuais superar as dificuldades relacionadas ao combate à corrupção. (...) Tendo o Brasil se tornado independente de Portugal em 1822, portanto há quase dois séculos, insistir em atribuir à formação cultural decorrente do período colonial a causa para os elevados índices de corrupção ainda hoje verificados constitui fuga da realidade e tentativa de esconder os verdadeiros e reais beneficiários dos tão comuns desvios e fraudes praticados ao longo do século XX e que se perpetuam neste início de século XXI.” (FURTADO, Lucas Rocha. *As Raízes da Corrupção no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.18).

Também não iremos analisar a questão filosófica de fundo, qual seja, a ética no exercício do poder, cuja abordagem remonta ao período greco-romano²⁴, embora seja recomendável que todos conheçam, por exemplo, o contraponto filosófico entre Nicolau Maquiavel e Erasmo de Rotterdam. Nesse ponto, não custa lembrar: “O primeiro, em sua célebre obra ‘*O Príncipe*’, defendeu publicamente, sem pudor e receio algum a manutenção do poder como o objetivo primordial de um governante, um verdadeiro fim em si mesmo contrário à ideia de função pública condicionada à satisfação do interesse público, ainda que para isso tivesse que praticar atos imorais, desonestos e dissimuladores²⁵. Já Erasmo, quando escreveu ‘*Elogio da Loucura*’, foi no sentido diametralmente oposto, chegando mesmo a dizer que ‘os vícios dos outros não têm tanta importância e a influência deles não vai tão longe; mas o Príncipe ocupa uma posição tal que suas menores faltas espalham o mau exemplo universal’²⁶.”²⁷

²⁴ Citamos, dentre vários e apenas seguindo o critério de maior antiguidade, o caso de Xenofonte, que viveu entre 430 a.C. e 350 a.C. Nesse sentido: “Xenofonte, porém, se é um adepto da monocracia autoritária, é inteiramente contrário à corrupção no Poder: ‘se se escolhe um Chefe, não é para que ele se ocupe de si próprio, mas para que assegure a prosperidade daqueles que o escolheram’. Ou seja: ele admira o ditador honesto, que apenas olha ao bem comum; mas, não o ditador corrupto, que apenas atende aos seus interesses pessoais, nem o déspota, que governa e se mantém pela violência.” (DO AMARAL. Diogo Freitas. História do Pensamento Político Ocidental. Coimbra: Almedina, 2016, p.37). Também não se pode desconsiderar Aristóteles, que viveu entre 384 a.C. e 322 a.C., tendo “sido um brilhante precursor do constitucionalismo moderno – na teoria das constituições, na separação dos poderes, no primado da lei.” (DO AMARAL. Diogo Freitas. História (...). p.61).

²⁵ “A um príncipe, portanto, não é necessário ter de fato todas as qualidades supracitadas, mas é bem necessário parecer tê-las. Ao contrário, ousarei dizer isto, que tendo-as e observando-as sempre, são danosas; e parecendo tê-las, são úteis; como parecer piedoso, fiel, humano, íntegro, religioso, e o ser; mas ter a disposição de ânimo para que, precisando não ser, possa e saiba mudar para o contrário. E há que entender isto que um príncipe, sobretudo um príncipe novo, não pode observar todas aquelas coisas pelas quais os homens são tidos como bons, sendo com frequência necessário para manter o estado, operar contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. E, porém, precisa ter um ânimo disposto a mudar segundo o comando dos ventos da fortuna e das variações das coisas e, como disse acima, não se distanciar do bem, se puder, mas saber entrar no mal, se precisar. (...) Trate, pois, um príncipe de vencer e de manter o estado: os meios sempre serão julgados honrados e louvados por todos.” (MAQUIAVEL, NICOLAU. *O Príncipe* – Tradução e Notas Leda Beck. São Paulo: Martin Claret, 2012, p.133).

²⁶ DE ROTTERDAM, ERASMO. *Elogio da Loucura* – Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2004, p.81.

²⁷ Trecho extraído do nosso relatório final da disciplina de História do Estado, no curso de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, em que fizemos uma análise do princípio da moralidade administrativa à luz desses grandes filósofos.

Dito isso, salientamos que, para uma completa análise do nosso objeto de estudo (o sistema brasileiro anticorrupção, isto é, o conjunto normativo do Brasil voltado para a prevenção e a repressão a esse fenômeno), deve-se ter em conta que, há algum tempo, a corrupção não é mais vista como uma prática adstrita ao setor público ou a sua eventual interface com o setor privado (nas famosas contratações públicas ou parcerias). Faz-se necessário compreender a evolução dogmática e legal que o assunto sofreu, como, aliás, propugna a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida, aprovada em 31/10/03 e internalizada no Brasil pelo Decreto nº5687, de 31/01/06), que trata da criminalização do suborno no setor privado (artigo 21) e da malversação ou peculato de bens nesse campo (artigo 22)²⁸.

Essa análise, segundo a doutrina especializada, é fundamental, pois a chamada “corrupção privada” atinge relações que abrangem – ou podem abranger - uma gama maior de pessoas do que aquelas que simplesmente fazem parte ou se relacionam com o Poder Público, saindo da limitação conceitual de que corrupção é algo necessariamente atrelado ao mercadejar ou prevaricar nos deveres inerentes ao cargo público²⁹. Disso falaremos mais à

²⁸ Artigo 21. Suborno no setor privado: Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais: a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar; b) A solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar. Artigo 22. Malversação ou peculato de bens no setor privado: Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, a malversação ou peculato, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de quaisquer bens, fundos ou títulos privados ou de qualquer outra coisa de valor que se tenha confiado a essa pessoa por razão de seu cargo.

²⁹ “Enquanto, durante muito tempo, prevaleceu o conceito do Banco Mundial sobre a corrupção, abordando o tema de forma parcial – somente sob o viés público privado -, atualmente, novos conceitos têm ampliado o raio de incidência das normas anticorrupção. Verificando-se que o fenômeno também se expressa nas relações exclusivamente privadas – entre grandes empresas, por exemplo – tem-se procurado disciplinar juridicamente a chamada ‘corrupção privada’.” (ZIMMER JÚNIOR. *Corrupção e Improbidade Administrativa – Cenários de Risco e Responsabilização dos Agentes Públicos Municipais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, pp.72-73).

frente, porém, tentando aclarar, apresento um exemplo bem cotidiano: a corrupção no desporto, especificamente os casos das chamadas “malas-brancas” dos campeonatos de futebol, dos esquemas de combinação para resultados de partidas do mesmo gênero, ou a lavagem de dinheiro ocorrida recentemente na Federação Internacional de Futebol (FIFA) e que levou a prisão de altos dirigentes desse ramo no Brasil.

Essa mudança de perspectiva, já operada na América e na Europa há algum tempo, vem ocorrendo vertiginosamente no Brasil, em especial no tocante ao fenômeno do *compliance* e da elaboração dos programas de integridade das pessoas jurídicas, tudo por força da chamada “Lei Anticorrupção” (Lei nº12.846/2013), que previu a atenuação da responsabilidade objetiva das pessoas coletivas (no que diz respeito ao *quantum* ou ao tipo de sanção) pela prática de atos contra a Administração Pública ou Estrangeira, bem como pelo disposto na recente “Lei das Estatais” (Lei nº13.303/2016), ou leis estaduais que vêm exigindo das empresas que contratem com o Poder Público a instituição de programas de integridade ou *compliance*³⁰.

A despeito disso e corroborando essa nova tendência, ressaltamos que já se encontram, de maneira bastante pontual, previsões legislativas atinentes a tipificação da “corrupção privada” propriamente dita, seja no campo penal³¹, seja

³⁰ Vejamos alguns exemplos: a) Lei nº7753/2017, do Estado do Rio de Janeiro; b) Lei nº10.793/2017, do Estado do Espírito Santo; c) Lei nº6.112/2018, do Distrito Federal. É importante registrar que a doutrina começa discutir a constitucionalidade desses diplomas legais à luz da competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pública (artigo 22, XXVIII, da CF/88): “Longe de maiores aprofundamentos acerca desta polêmica, que transborda do objetivo perquirido no presente ensaio, entende-se que, à luz do Texto Magno vigente, os vícios de inconstitucionalidade ora colocados sob hipótese só podem ser aferidos com o olhar caso a caso, sendo necessário analisar detidamente a condição semântica da redação veiculada por cada diploma. Isto porque é preciso verificar se a redação dos dispositivos contidos em cada uma das leis editadas prestam-se a regular o tema, disciplinando-o de forma complementar e não contrária ao sistema normativo geral, o qual, *in casu*, exige que a legislação local não apenas observe a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei Federal nº8.666/1993), mas também e a um só tempo, dê completude às novas Leis ‘Anticorrupção’ (Lei Federal nº12.846/2013) e ‘das Estatais’ (Lei Federal nº13.303/2016).” (CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio (Coord.). *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.671).

³¹Cito como exemplos: a) o crime descrito no artigo 343, do Código Penal, também chamado de corrupção de testemunha (“Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação: Pena - reclusão, de três a quatro anos, e multa. Parágrafo único. As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em

no cível³², isso sem embargo de projetos legislativos relevantes, como o do Novo Código Penal Brasileiro³³.

Pois bem, uma vez aberto o horizonte sobre o qual deve-se centrar o estudo da corrupção e para que possamos agir de maneira efetiva na prevenção e repressão desse fenômeno, faz-se imperiosa uma análise histórica e crítica do regime transnacional de combate à corrupção e da sua interface com o sistema brasileiro anticorrupção, abordando os aspectos institucionais, legislativos, doutrinários, jurisprudenciais e práticos do mesmo, isso sem prejuízo do estudo das proposições de alteração do que já está positivado.

Nesse ponto, faz-se imperioso o resgate de medidas outrora existentes no Direito Brasileiro, como, por exemplo, a ampla legitimidade para qualquer cidadão requerer em juízo o sequestro e a perda em favor da Fazenda Pública de bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo,

processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.”); b) os crimes tipificados pelos artigos 41-C, 41-D e 41-E, da Lei Federal nº 10.671/03 (“Estatuto do Torcedor”), *in verbis*: Art. 41-C. Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado. Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa. Art. 41-D. Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva ou evento a ela associado: Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa. Art. 41-E. Fraudar, por qualquer meio, ou contribuir para que se fraude, de qualquer forma, o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado. Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

³² Nesse tocante, destaco duas categorias: 1 – as chamadas “práticas abusivas do mercado de consumo (artigo 39, da Lei nº 8078/90), *in verbis*: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.”; 2 - alguns dos vícios dos negócios jurídicos também podem ser incluídos nessa categoria, como: c.1) o estado de perigo (artigo 156, do Código Civil: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.”); c.2) lesão (artigo 157, do Código Civil: “Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”);

³³ Destaca-se a redação do futuro artigo 167, do Código Penal: “Corrupção entre particulares. Art.167: Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições. Pena – prisão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Nas mesmas penas, incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.”

emprego ou função pública, como autorizava a chamada Lei Pitombo Godói-Ilha (Lei nº3164/57), bem como a premiação aos cidadãos que ajuizassem ações cujo resultado final garantisse o ressarcimento ao erário³⁴.

É bom deixar registrado desde já, que, a despeito do exercício do cargo de Promotor de Justiça atuante na área de combate à corrupção desde 2010 e com dados que demonstram tolerância zero com práticas desonestas (centenas de prisões e afastamento de agentes públicos no Estado do Ceará – gestores públicos, empresários e, até mesmo, magistrado- , cujo reflexo foi a não-reeleição de todos os Prefeitos afastados nas comarcas em que trabalhei), as proposições e críticas elaboradas ao longo do presente trabalho tiveram como bússola as diretrizes da Constituição Federal e das Convenções/Tratados Internacionais referentes ao tema e aos direitos humanos, pois não concebemos que o combate à corrupção tenha o poder de desconstituir garantias civilizatórias seculares, muitas delas conquistadas à base de muito sangue, como os sagrados direitos à ampla defesa, ao contraditório, à proibição da prova ilícita e à presunção de inocência, que não podem ser relativizados³⁵.

³⁴ “As Ordenações Filipinas, que por largo período permaneceram em vigor no Brasil e em Portugal, ao vedar o recebimento de vantagens por parte dos Oficiais de Justiça e da Fazenda, cominavam-lhes as penas de perda do ofício e obrigação de pagar vinte vezes mais do que receberam, sendo que, deste total, metade reverteria para o acusador e a outra metade para o a denominada Câmara do Conselho.” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 2013, p.258). Apenas à título de esclarecimento ao leitor, a passagem citada diz respeito ao Título LXXI, do Livro V, das Ordenações Filipinas.

³⁵ “Simultaneamente, em tempos que têm sido de crises (também económico-financeiras), os cidadãos tornam-se sensíveis ao argumento de que a corrupção é a catástrofe social responsável pelas maiores dificuldades do seu dia-a-dia. A Justiça penal, confrontada com o desapontamento das pessoas potenciado por tais dificuldades e ‘espicaçada’ por aquela comunicação social que exige que se ‘cortem cabeças’ para que se faça justiça, pode começar a correr riscos. Um dos principais é o risco de querer responder àquelas demandas dos cidadãos e da comunicação social (que se vão potenciando numa espiral sempre crescente) garantindo uma eficácia da resposta punitiva mesmo que à custa de um esbatimento da protecção dos direitos fundamentais dos arguidos (e não só). Confrontadas com a generalização de um discurso que responsabiliza agentes públicos corruptos pela subida dos impostos ou pela existência de menos escolas e hospitais públicos, as instâncias formais de controlo contam ademais com uma outra fonte de legitimação para certas medidas excepcionais. A ideia forte é a seguinte: se os crimes de corrupção têm especificidades que causam dificuldades acrescidas à investigação, será porventura de se admitir uma investigação especial. Ou seja, se queremos investigar a corrupção com maior eficácia possível, poder-se-ão admitir alguns procedimentos excepcionais. Mas, considerando-se que a resposta possa ser pelo menos parcialmente positiva, que procedimentos são esses e que limites deverão ter?” (SANTOS, Cláudia Cruz. *A Corrupção de Agentes Públicos e Corrupção no Desporto: A evolução das incriminações penais, a*

Nunca é demais lembrar aos que pensam estar vendo nessa ressalva um ponto de vista “garantista pró-corruptos” que o investigado de amanhã pode ser o leitor inocente de hoje, que de alguma forma foi inserido em um contexto que não condiz com a verdade, mas cuja prova contrária depende exatamente da possibilidade de uso amplo e irrestrito daquelas garantias, como é o caso, por exemplo, do *habeas corpus*.

Também nos distanciamos da corrente que procura legitimar o ativismo judicial na área. Sedutora de início, com a possibilidade de se contornar a lei para que juízes possam determinar a adoção de medidas simpáticas aos olhos da população (que quer, como esse autor, o rigor máximo contra os autores comprovados dos atos de corrupção), essa prática vem causando verdadeira subversão nos princípios básicos do Estado de Direito, como o da legalidade e o da separação dos poderes³⁶. E o efeito mais visível disso é uma insegurança jurídica avassaladora, a partir da qual políticos, gestores públicos, órgãos de investigação e os juízes de primeiro grau já não tem um norte seguro para a tomada de suas decisões. Em outros termos: ninguém se sabe qual norma vale e deve ser aplicada, ou até quando ela vale, pois, a qualquer hora, um juiz, um Tribunal, ou um ministro de Corte Superior podem criar uma “nova tese ou jurisprudência”, bem como recusar as decisões colegiadas, mesmo as do Supremo Tribunal Federal³⁷.

A situação é grave, pois não é papel institucional do Poder Judiciário ser ator político, agir como mediador ou legislar positivamente à pretexto de “ouvir as ruas”. Essa circunstância crítica vem passando despercebida à maioria dos

jurisprudência, o tempo par a investigação e a delação premiada. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 69-70).

³⁶ O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), que é o órgão mais ativista nessa área, foi obrigado a recuar no episódio em que o então Presidente do Senado Federal, Sr. Renan Calheiros, descumpriu medida cautelar do Ministro Marco Aurélio que determinava o seu afastamento da presidência do Congresso Nacional.

³⁷ Cita-se o caso da prisão após condenação em segunda instância, sobre qual o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou, por meio do seu plenário, por duas vezes nos últimos 3 (três) anos, sempre a favor, mas que determinados Ministros insistem em descumprir.

juristas brasileiros, sendo a lucidez encontrada nos constitucionalistas “além-mar”³⁸.

É preciso muita prudência e resistência a esse maléfico ativismo judicial, pois foi ele próprio que deu coragem ao atual Presidente do Supremo Tribunal Federal (Ministro Dias Toffoli) para instaurar, *ex officio*, um inquérito judicial naquela Corte (sem qualquer participação da Procuradoria Geral da República), voltado a apurar, segundo consta da Portaria GP nº69/2019, “notícias fraudulentas (“fake news”), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”, bem como a nomear um relator “ad hoc” para essa investigação (o ministro Alexandre de Moraes), que determinou, também *ex officio* e após mensagem de celular do Presidente do Supremo, buscas e apreensões, oitivas de Procuradores da República, bloqueio de redes sociais e, até mesmo, censura a reportagens que denunciavam o suposto envolvimento do Presidente da Corte em fatos referentes à “Operação Lava-jato”.

O resultado disso tudo foi a instauração de um estado de perplexidade entre juristas e não juristas, em especial no meio jornalístico, com um prenúncio de mais instabilidade e caos institucional, uma vez que partidos políticos e a

³⁸“O crescimento do STF como um ‘super Tribunal Constitucional’ entronizou-o, paralelamente, como poder arbitral e moderador ‘de facto. Esse ‘status’ erigiu-o a protagonista político, investindo numa aurea de apreço público, como paladino dos direitos sociais (onde avulta a distribuição de medicamentos pelos tribunais); das causas fraturantes (como as uniões entre as pessoas do mesmo sexo); da punição dos poderosos (cominação cautelosa de penas de prisão efetiva para figuras de Estado envolvidos em graves processos de corrupção); e de condicionamento do rito da própria destituição do Chefe de Estado (regulação procedimental do impeachment por via jurisprudencial). O STF opera como corretor e freio ao Congresso e como limite, não particularmente intenso, ao Presidente. O STF logrou-se auto-investir-se de prerrogativas que lhe permitem exercer materialmente todos os poderes. (...) Só que semelhante concentração de prerrogativas que permitem ‘tocar’ em todas as funções do Estado nem sempre é consentânea com o princípio da separação dos poderes e apenas tem logrado prosperar em face da passividade das instituições mais afetadas pela crise política (o Congresso e o Presidente) e o temor derivado do julgamento pelo STF de políticos com foro privilegiado. Contudo, a atuação monocrática de alguns ministros, no quadro de interferências de constitucionalidade e legalidade duvidosa em processos políticos, começou a ser enfrentada no Congresso em 2016 e algumas decisões do órgão, de viés mais político e ativista, começam a ser criticadas na opinião pública. Na medida em que o STF entre mais profundamente na política, exercendo moderadoras e arbitrais, verá esmaecer os seus atributos fundamentais de distância e imparcialidade, passando a agir como um órgão político comum, expondo-se ao desgaste de popularidade e de legitimidade inerentes a esse estatuto bem como a projetos de reforma que redefinam os seus poderes.”(DE MORAIS, Carlos Blanco. *O Sistema Político – No contexto da Erosão da Democracia Representativa*. Coimbra: Almedina, 2018, p.418).

Procuradoria Geral da República já pediram o arquivamento desse malsinado inquérito judicial, muito parecido com uma inquisição, por clara violação ao princípio acusatório (que é o adotado pela Constituição Federal de 1988), ao juiz natural (pois não houve livre distribuição), à criação de uma hipótese de foro por prerrogativa de função às avessas (já que “as vítimas” – os ministros da Corte e seus parentes – é que determinaram o foro competente).

Pois bem, o relator escolhido a dedo já negou o arquivamento; senadores já falam em *impeachment* dos dois Ministros envolvidos, que já receberam a manifestação pública contrária do Ministro Marco Aurélio³⁹, que parece não estar sozinho (no último dia 19/04, o Ministro Celso de Mello divulgou nota pública criticando a censura judicial, qualificando-a como prática ilegítima, autocrática e essencialmente incompatível com os regimes das liberdades fundamentais consagrados pela Constituição da República”)⁴⁰. No mesmo dia, o relator decidiu revogar a decisão de censura.

É por isso que somos contra o ativismo judicial hoje praticado no Brasil: ele pode servir ou não para o fim desejado, embora não seja o instrumento de equilíbrio necessário para a harmonia dos poderes. Se o sistema jurídico está ruim, que se mude a legislação, mas não podemos ficar a mercê dos ânimos e conveniências dos juízes, em especial das Cortes Superiores, que também são humanos (embora alguns comportem-se de maneira a revelar que não acreditam em tal hipótese) e podem padecer às tentações humanas, dentre elas a corrupção ou uma atuação político-partidária.

Dito isso, deve-se deixar bem claro que o discurso do “vale-tudo” no combate à corrupção não pode ser um “canto da sereia”. O que se espera é que

³⁹ “O ministro Marco Aurélio Mello disse ao site ‘Congresso em Foco’ que, se o inquérito aberto por Dias Toffoli for a plenário, provavelmente será arquivado. ‘O titular de uma possível ação penal é o MPF. Se ele entende que não há elementos sequer para investigar, muito menos terá para propor ação penal. Os inquéritos em geral, quando o Ministério Público se pronuncia pelo arquivamento, nós arquivamos. Essa tem sido a tradição no tribunal.’ Marco Aurélio ressalta que, pela primeira vez em 28 anos de tribunal, viu ‘um inquérito sendo instaurado no próprio Supremo, por iniciativa de um integrante’. ‘Nunca tinha visto isso.’ Disponível em <https://www.oantagonista.com/brasil/marco-aurelio-diz-que-inquerito-devera-ser-arquivado/>, com acesso em 17/04/2019, às 10:45 horas.

⁴⁰ Maiores detalhes em <https://www.valor.com.br/politica/6218055/qualquer-censura-e-pratica-ilegitima-diz-celso-de-mello-do-stf>

haja um propósito firme e determinado do Estado Brasileiro em não tolerar mais esse tipo de comportamento, investigando, processando e condenando os seus atores na justa medida do que determinam as normas superiores da ordem jurídica⁴¹. Nem mais, nem menos. Não podemos legitimar um “justiçamento” sob o discurso de intolerância à corrupção, pois a história nos mostra que isso nunca acaba bem⁴².

Dito isso, destacamos que o presente trabalho se desenvolveu da seguinte maneira: No primeiro capítulo, tratamos da evolução histórica do combate à corrupção no ordenamento jurídico brasileiro, analisando todos os Textos Constitucionais e os correlatos dispositivos. Já no capítulo seguinte, fizemos uma análise do atual sistema brasileiro anticorrupção, passando pela apresentação da sua composição normativa hierarquizada, dos mandados constitucionais anticorrupção e chegando, talvez, na principal contribuição acadêmica do presente trabalho: a tese da tutela mínima anticorrupção. Além disso, foram apresentadas classificações atinentes aos atos de corrupção à luz do Direito Positivo Brasileiro, bem como os tipos nominados de corrupção pela legislação e as respectivas peculiaridades processuais. Nesse último ponto, cabe-nos, desde já, deixar advertido o leitor que não foi feita uma análise individualizada de cada um dos diplomas legais anticorrupção previstos no

⁴¹ É importante deixar registrado que os eventuais “excessos” que se verificam em episódios pontuais das centenas de investigações/operações policiais anticorrupção devem ser apurados e punidos (como nos casos de vazamento de informações sigilosas para os meios de comunicação venderem notícias “bombásticas”, ou a desproporcionalidade no uso do aparato policial no cumprimento de diligências contra pessoas que não oferecem qualquer tipo de risco para as diligências de buscas ou prisões, como ocorreu, recentemente, com o ex-Presidente Michel Temer. Não discordo do mérito da acusação contra ele, que parece séria e com muita justa causa, mas como explicar que a imprensa chegou a sua residência antes da polícia ou o que justifica todo o aparato policial usado para prendê-lo na rua? Esses comportamentos, além de colocarem em xeque a isenção das investigações, contribuem – e muito – para o coro dos corruptos de que deve haver um maior rigor para a punição por abuso de autoridade. Por mais repulsa que se tenha pelos atos de corrupção investigados, é preciso agir dentro da legalidade e da proporcionalidade. Não por eles, mas pelo respeito às garantias básicas que traduzem o grau civilizatório que a humanidade atingiu e que não quer ver retroceder para flexibilização mediante juízos subjetivos dos governantes, acusadores ou julgadores de plantão.

⁴² Lembremos do famigerado Ato Institucional nº5, de 13 de dezembro de 1968 (no auge de nossa Ditadura Militar), que concedeu ao Presidente da República o poder de suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo período de 10 anos, ou cassar mandatos políticos e decretar o confisco dos bens daqueles que tivessem enriquecido ilicitamente no exercício de função pública, sendo que o decreto presidencial tomado para esse combate à medidas corruptas era imune à apreciação do Poder Judiciário.

Brasil, uma vez que, dado o objetivo do presente, fugiria do seu escopo, o que, porém, pretendemos fazer na continuação do grau acadêmico, acaso aprovado na avaliação que ora nos submetemos.

Pedindo escusas pela alongada introdução, porém, necessária para a contextualização do presente trabalho, vamos em frente.

CAPÍTULO I - BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA BRASILEIRO ANTICORRUPÇÃO.

Conhecer o passado é uma regra de sabedoria para tentar compreender o presente e saber como direcionar os caminhos para o futuro. Dentro desse contexto, no presente capítulo, iremos referenciar e analisar os principais marcos legislativos brasileiros de prevenção e repressão à corrupção, fazendo também uma interface com as normas hoje vigentes.

1. O COMBATE À CORRUPÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

Não há dúvidas entre todos os estudiosos quanto à graves consequências advindas do fenômeno da corrupção⁴³, dentre as quais destacamos a falta de legitimidade social dos políticos, a violação omissiva permanente e crescente dos direitos fundamentais, bem como o enfraquecimento do Estado de Direito, inclusive, com a captura de parte dos agentes públicos ocupantes dos mais altos cargos pelo crime organizado.

Diante disso e no afã de uma resposta estatal mais eficiente ao problema da corrupção no Brasil, percebe-se claramente uma proeminência teórica do estudo da corrupção apenas no Direito Penal e no Direito Administrativo Sancionador⁴⁴, o que reflete no recrudescimento legislativo do assunto quase que exclusivamente nessas duas áreas jurídicas.

⁴³ “Dentro do Estado Democrático de Direito, a questão da corrupção se torna ainda mais grave. Primeiramente, a própria ideia de democracia se constrói a partir de um modelo ideal elevado, para cujo funcionamento se reclama do homem a virtude. De fato, a honestidade do agente público é inerente ao conceito de Estado Democrático de Direito, em que o povo elege seus representantes, para que esses governem em seu nome, tendo por finalidade o interesse público e não seu interesse privado. A apropriação da coisa pública por particulares vai contra a própria essência do regime democrático. A corrupção, além dos males a ela inerentes (aumento dos preços públicos, baixa qualidade dos serviços públicos etc), leva ao descrédito das instituições tanto pela população em geral, quanto pelos investidores internos e externos. Em consequência, há a geração de crises políticas e econômicas que prejudicam o desenvolvimento do país como um todo. (DA COSTA, Susana Henrique. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 2ª edição, 2015, p.8).

⁴⁴ “Em termos estritamente dogmático-penais, afere-se o alargamento horizontal e vertical, isto é, respectivamente, a criação de novas incriminações, bem como o recrudescimento

Ocorre que essa é uma visão míope do assunto, uma vez que a corrupção afeta as estruturas básicas de conformação do Estado de Direito, que estão presentes, sobretudo, no Direito Constitucional, no Direito Administrativo e no Direito Eleitoral.

Não obstante isso, a doutrina pouco - ou quase nunca – fala de corrupção quando se propõe a apresentar o estudo sistematizado dessas disciplinas, deixando de contribuir para uma formação mais holística dos profissionais do Direito, que não se atentam para esse detalhe.

Nesse tocante, gastam-se montanhas de páginas para a exposição dos elementos dogmáticos de cada uma daquelas disciplinas dentro de uma perspectiva romântica ou estritamente teórica, como se não houvesse uma correlação lógica entre determinados assuntos desses ramos jurídicos com a prevenção e a repressão à corrupção.

Tal metodologia precisa ser urgentemente “revista, uma vez que não se pode olvidar que todos os desvios de verbas públicas ultimados por conta da corrupção afetam sensivelmente a força normativa de qualquer Constituição.

Aliás, exatamente por conta desse *déficit* de efetividade do Texto Supremo advindo da falta de recursos desviados pela corrupção é que começa a surgir a tese de um novo direito fundamental: o de uma gestão pública livre da corrupção ou um ‘direito anticorrupção’⁴⁵.

sancionatório de diversas das já existentes. Curiosamente, sem que houvesse qualquer racionalização na seara penal, o que seria de se esperar, visto que imbuída esta do princípio fundamental da *ultima ratio*, o Direito Administrativo, com viés sancionador, incisivamente após o marco constitucional de 1988, em geral, sobrepôs a diversas situações lesivas ao interesse público inúmeros e significativos mecanismos repressores, como, emblematicamente, deu-se com a improbidade administrativa (Lei nº8.429/1992) ou, mais recentemente, com a Lei Anticorrupção (Lei nº12.846/2013).” (DE SOUZA, Luciano Anderson. Crimes contra a Administração Pública. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p.28).

⁴⁵ “Esses dados pondo à nu os multi-perversos efeitos da corrupção sobre a ordem política e econômica tem dado espaço para que alguns juristas comecem a enxergar um direito humano autônomo, o direito a um poder público livre da corrupção. O primeiro a mencionar esse direito não como decorrência de vulnerações de outros direitos humanos já reconhecidos foi Kofele-Kale. O autor argui que em relação aos grandes esquemas de corrupção, em especial em países em desenvolvimento, em que o ato de corruto representa graves prejuízos para a população e sua riqueza, causando sérias dificuldades para o gozo de inúmeros direitos humanos, haveria, em razão da disseminada prática internacional de não aceitação da corrupção, da existência de inúmeros instrumentos internacionais registrando a preocupação da comunidade internacional

Trata-se de sedutora tese, da qual não nos ocuparemos agora⁴⁶, embora reafirmemos a necessidade de uma revisão metodológica no estudo tradicional daquelas disciplinas jurídicas para fazer inserir o estudo conectado dos seus institutos tradicionais com a corrupção⁴⁷. É preciso, pois, avançar para debater o assunto vivamente ao longo de todo o estudo das matérias, já que existem inúmeros episódios trazidos pela prática que ainda não encontram consenso exatamente pela insipiência do assunto. Cito exemplo caricato da política nacional: uma norma jurídica aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Chefe do Poder Executivo por conta do pagamento de suborno ou financiamento ilícito de campanhas (casos “Mensalão” e “Lava-Jato” do Brasil, respectivamente) são, ao nosso ver, motivos para a declaração de inconstitucionalidade da mesma por violação ao princípio republicano e ao dever de honestidade inerente aos agentes públicos em geral? Cremos que sim⁴⁸, mas

com o fenômeno e da colocação em risco dos valores mais elevados da comunidade internacional, a possibilidade de serem tais atos de corrupção enquadrados como crimes internacionais. Ele entende que o modo mais efetivo de se combater a corrupção é elevando sua prática à esfera de crime de interesse universal, de acordo com as normas internacionais, registrando que já há suficiente prática estatal para reclamar a existência de norma consuetudinária universal proibindo a corrupção em todas sociedades, sendo que haveria já o direito fundamental a uma sociedade livre de corrupção, que poderia ser componente do direito à autodeterminação e desenvolvimento ou até mesmo como direito autônomo. Assevera que o direito a uma sociedade livre de corrupção é inerentemente um direito humano porque a vida, a dignidade e outros importantes valores humanos dependem desse direito. Nessa esteira, veio Kumar (2003) em trabalho que, além de explorar as interfaces entre direitos humanos e o problema da corrupção, prega a necessidade do estabelecimento, como direito fundamental positivado na Constituição indiana, de um direito fundamental de um serviço público livre de corrupção, o que geraria o empoderamento da cidadania com a colocação do grave problema no centro do debate político, potencialmente transformando o sistema de governança e fortalecendo a democracia.” (FILHO, André Pimentel. (Uma) Teoria da Corrupção – Corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.110-111).

⁴⁶ Esse assunto será abordado no Capítulo 3, ao tratarmos dos “mandados constitucionais anticorrupção”.

⁴⁷ No Direito Eleitoral e no Direito Administrativo, o tema “corrupção” encontra um pouco de espaço para abordagens mais modernas, diante de institutos que possuem íntima correlação, tais como os princípios estruturantes, as figuras do abuso de poder, os atos de improbidade administrativa etc.

⁴⁸ Nesse mesmo sentido: “Em nosso entender, sem dúvida, o comprovado esquema de compra e venda de votos para se conseguir apoio político enseja o por nós denominado vício de decoro parlamentar a caracterizar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pois que maculados a essência do voto e o conceito de representatividade popular.” (PEDRO LENZA. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 20ª edição, 2016, p.298).

a hipótese é raramente tratada pelos estudiosos do Direito Constitucional clássico⁴⁹.

Assim, como dito, urge que se adote um novo viés metodológico, para, em seguida, realizar uma correlação direta entre normas e determinados institutos constitucionais tradicionais e o fenómeno da corrupção, como é o caso, por exemplo, de alguns princípios constitucionais (Separação dos Poderes, Republicano, Proporcionalidade⁵⁰ e da Administração Pública), bem como de outras regras específicas (crimes de responsabilidade, imunidades parlamentares, *impeachment* etc).⁵¹

O presente trabalho seguirá essa linha. Tanto que o primeiro tema a ser abordado será o histórico constitucional brasileiro na perspectiva do combate à corrupção, fugindo da tradicional análise operada pela doutrina, que só fala da questão dos direitos fundamentais, do controle de constitucionalidade e dos regimes de governo e político.

Dito isso, já adiantamos que, ao longo da experiência constitucional brasileira, verifica-se, sem exceção (inclusive, na imperial de 1824), previsões normativas voltadas para o combate à corrupção dos agentes públicos, em

⁴⁹ Fazendo um humilde juízo de “mea-culpa” inerente aos grandes sábios, é digno de nota a referência feita pelo jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, em prefácio de obra jurídica sobre corrupção, *in verbis*: “Há uns bons pares de anos, abeirou-se de nós um aluno do 1º ano da licenciatura em direito. O lugar era uma sala da Faculdade de Direito de Coimbra. A razão da conversa residia no facto de termos dado a última aula, desejando o maior êxito pessoal e académico aos meus alunos. Este aluno que nos procurou no fim da aula nunca mais saiu da minha memória. Confessou ter apreciado o nosso curso, mas era seu dever aproveitar a ocasião para fazer uma crítica. Na sua opinião, eu teria esgotado a dogmática das inconstitucionalidades, das ilegalidades, das jusfundamentalidades e das normatividades, mas havia cometido alguns pecados por omissão. Nunca me referi, por exemplo, ao problema da corrupção. Registre a omissão”. (LOPES, José Mouraz. *O Espectro da Corrupção*. Coimbra: Almedina, 2011, p.7).

⁵⁰ Sobre a proporcionalidade, destacamos o importante papel que as vertentes da proibição do excesso e da proteção deficiente podem desempenhar: a primeira vedando uma punição demasiadamente excessiva em comparação com outras sanções imputáveis por outros ramos jurídicos ao mesmo fato e a segunda pela obrigação do legislador prever medidas que punam adequadamente os atos de corrupção, inibam novas transgressões (função de prevenção geral e especial das penas), mas, sobretudo, que se abstenha de realizar a redução de penalidades aos atos de corrupção, de uma forma tal a torná-las ineficazes para aqueles fins.

⁵¹ Trecho extraído do nosso relatório final da disciplina de História do Estado, no curso de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, intitulado “*O Princípio da Moralidade Administrativa na Prevenção e Repressão à Corrupção: A Atualidade do Contraponto Filosófico entre Maquiavel e Erasmo de Rotterdam*”.

especial no que diz respeito ao abuso de poder, ao suborno, a peita, a concussão, ou ao enriquecimento ilícito, cuja regulamentação deu-se, essencialmente, por leis de natureza penal ou cível, como veremos na sequência.

2. A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824.

A forma de surgimento da Carta Imperial de 1824 (outorgada por D. Pedro I⁵²) é bastante indicativa da sua baixa adesão aos pressupostos básicos de um regime preocupado em combater a corrupção, o que vem a se confirmar com a leitura detida desse documento.

De início, cumpre destacar a previsão do “Poder Moderador”, que, à luz do artigo 98 desse Texto Supremo, era “a chave de toda a organização política”, que, em síntese, legitimava a intervenção do Imperador na autonomia e independência dos demais Poderes⁵³.

Tal fato mostra que, no sistema jurídico-político instaurado a partir de 1824, não havia a possibilidade de um efetivo combate à corrupção, o que fica reforçado com a previsão da expressa irresponsabilidade do Imperador pelos seus atos e palavras (artigo 99), bem como a imunidade da regência e do regente (artigo 129)⁵⁴.

⁵² “Após ter declarado a independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, Dom Pedro I convoca, em 1823, uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, com ideais marcadamente liberais, que, contudo, vem a ser dissolvida, arbitrariamente, tendo em vista a existência de divergências com os seus ideais e pretensões autoritários. Em substituição (da Assembleia Constituinte), D. Pedro I cria um conselho de Estado para tratar dos ‘negócios de maior monta’ e elaborar um novo projeto em total consonância com a sua vontade de ‘Majestade Imperial’ (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional* (...), p.127).

⁵³ “Assim, na prática, parece que a tradução ‘chave’ refletiu a constante interferência do Poder Moderador sobre os demais Poderes e o significado de Imperador, que recebeu os títulos de ‘Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil’, tendo o tratamento de ‘Majestade Imperial’ e sendo a sua pessoa inviolável e sagrada, não sujeita a irresponsabilidade alguma (irresponsabilidade total do Estado – ‘*the king can do no wrong*’- ‘o rei não erra’). O Imperador, que exercia o Poder Moderador, no âmbito do Legislativo, nomeava os Senadores, convocava a Assembleia Geral extraordinariamente, sancionava e vetava proposições do Legislativo, dissolvia a Câmara dos Deputados, convocando outra, que a substituíria. No âmbito do Executivo, nomeava e demitia livremente os Ministros de Estado. E, por fim, no âmbito do Judiciário, suspendia os Magistrados.” (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional* (...), p.129).

⁵⁴ Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. Art. 129. Nem a Regencia, nem o Regente será responsavel. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm e acessado em 23/04/2019,

Essa imunidade absoluta do Chefe de Estado e de Governo é algo inadmissível nos dias de pleno vigor do Estado de Direito e na atual ordem constitucional, que, em seu artigo 51, I, diz competir privativamente à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

Além disso, deve-se destacar também, que vigorava à época o sistema de completa irresponsabilidade civil do Estado decorrente dos danos causados pelo seu “chefe maior”⁵⁵, muito embora o artigo 179, XXIX, tenha consagrado que “os empregados publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.”

Pois bem, corroborando o espírito pouco comprometido com a punição dos ocupantes das mais altas funções políticas do país, destacamos ainda outras previsões do Texto Imperial:

I - Admitia-se a prisão de Deputados e Senadores apenas por força de ordem escrita da respectiva Casa Legislativa, salvo no caso de flagrante de crime com pena de morte (artigo 27)⁵⁶. Na atual Constituição Federal, houve um avanço parcial no tema, pois só poderá ocorrer a suspensão da ação penal no caso do crime ter sido cometido após a diplomação e mediante votação da maioria dos seus membros (artigo 53, §3º), ficando, em caso positivo, suspensa também a prescrição enquanto durar o mandato (artigo 53, §5º).

às 10:39 horas.

⁵⁵ “Essa teoria não prevaleceu por muito tempo em vários países. A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável foi substituída pela do Estado de Direito, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 32ª edição, 2018, p.594).

⁵⁶ Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, póde ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Camara, menos em flagrante delicto de pena capital. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm e acessado em 23/04/2019, às 10:39 horas.

II - Uma vez pronunciado qualquer parlamentar (isto é, recebida a acusação contra ele), o juiz deveria suspender o processo e dar ciência à Casa Legislativa, que deliberaria sobre a continuidade ou não do mesmo, bem como o eventual afastamento das funções parlamentares (artigo 28)⁵⁷. Na atual quadra, essa medida já foi superada, uma vez, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), todos os agentes políticos, à exceção do Presidente da República, estão submetidos à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)⁵⁸, que, em seu artigo 20, parágrafo único, permite o afastamento das funções em caso de necessidade comprovada da investigação⁵⁹. Além disso, ainda existe a possibilidade da cominação de medida cautelar penal referente ao afastamento da função pública como medida alternativa à prisão preventiva para fazer cessar eventual atividade criminosa (artigo 319, do Código de Processo Penal)⁶⁰.

⁵⁷ Art. 28. Se algum Senador, ou Deputado fôr pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta à sua respectiva Camara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o Membro ser, ou não suspenso no exercicio das suas funcções. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm e acessado em 23/04/2019, às 10:39 horas.

⁵⁸ Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. (Pet 3240 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2018).

⁵⁹ Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

⁶⁰ “Também aos Governadores são aplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, entre elas ‘a suspensão do exercício de função pública’, e outras que se mostrarem necessárias e cujo fundamento decorre do poder geral de cautela conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro aos juízes.” (STF, ADI 4362, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018).

III - Uma medida inusitada para os atual contexto e que podia levar ao fomento de práticas corruptas, ou ao seu acobertamento, estava prevista no artigo 29, da Constituição Imperial, segundo o qual os Deputados e Senadores poderiam ocupar os cargos de Ministro ou Conselheiro de Estado, sendo que os primeiros deveriam deixar o assento parlamentar, que seria ocupado mediante nova eleição em que o ausente poderia concorrer e, se eleito, cumular o posto executivo com o parlamentar. Já os Senadores podiam acumular as funções automaticamente.

Tal disposição ia de encontro à necessária independência que deve ter o Parlamento em relação ao Poder Executivo, dada a função fiscalizatória daquele em relação a esse. Exatamente por entender que permissões dessa natureza não eram morais e saudáveis, a Constituição Francesa, de 3 de setembro de 1791 (anterior, portanto ao texto em estudo), proibiu esse tipo de cooptação dos membros do Poder Legislativo⁶¹, o que, infelizmente, não se repetiu também no atual Texto Supremo de 1988 (artigo 56)⁶².

IV - Também merece nota a questão da composição do Senado, cujos membros tinham mandato vitalício (artigo 40⁶³) e eram escolhidos pelo Imperador após a formação de uma lista tríplice (artigo 43⁶⁴). Isso quando

⁶¹ “Com o objetivo de moralizar as instituições, após longos debates, decidiu-se que o rei não poderia escolher seus ministros no seio da Assembleia, o que evitaria o risco de corrupção dos deputados pelos atrativos das funções de ministro, culminando em comprometer a idoneidade de suas atividades.” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. (...) p.259).

⁶² Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária; II - licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa. §1º O suplente será convocado nos casos de vaga, de investidura em funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias. §2º Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato. § 3º Na hipótese do inciso I, o Deputado ou Senador poderá optar pela remuneração do mandato.

⁶³ Art. 40. O Senado é composto de Membros vitalícios, e será organizado por eleição Provincial.

⁶⁴ Art. 43. As eleições serão feitas pela mesma maneira, que as dos Deputados, mas em listas triplices, sobre as quaes o Imperador escolherá o terço na totalidade da lista.

não eram os “Príncipes da Casa Imperial”, que tinham assento no Senado “por direito” aos 25 anos (artigo 46⁶⁵).

V - Deve-se fazer menção ainda às expressas autorizações presentes no Texto Supremo para o uso do erário público para finalidades estritamente pessoais dos parentes do Imperador, como era questão do pagamento do dote matrimonial das princesas e o valor que se doava aos príncipes que casassem e fossem morar fora do Império (artigos 112 a 114⁶⁶).

VI - Por fim, convém referenciar o artigo 115⁶⁷, que dava aos sucessores do Imperador o direito hereditário *ad eternum* sobre os palácios e terrenos nacionais ocupados por ele há época, cabendo, ainda, ao teouro custear as construções.

Não obstante esse quadro normativo pouco eficaz para o combate à corrupção, é preciso registrar que a Carta de 1824 trouxe, ainda que do ponto de vista eminentemente teórico, dispositivos vocacionados para aquela missão e que foram, na medida do possível, regulados pelo Parlamento para conter o poder quase supremo do Imperador⁶⁸. Senão vejamos.

I - Inicialmente, destacamos o artigo 37, I, que instituiu um sistema de controle do Governo passado, dando à Câmara dos Deputados competência

⁶⁵ Art. 46. Os Príncipes da Casa Imperial são Senadores por Direito, e terão assento no Senado, logo que chegarem á idade de vinte e cinco annos.

⁶⁶ Art. 112. Quando as Princezas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega dele cessarão os alimentos. Art. 113. Aos Príncipes, que se casarem, e forem residir fóra do Imperio, se entregará por uma vez sómente uma quantia determinada pela Assembléa, com o que cessarão os alimentos, que percebiam. Art. 114. A Dotação, Alimentos, e Dotes, de que fallam os Artigos antecedentes, serão pagos pelo Thesouro Publico, entregues a um Mordomo, nomeado pelo Imperador, com quem se poderão tratar as Acções activas e passivas, concernentes aos interesses da Casa Imperial.

⁶⁷ Art. 115. Os Palacios, e Terrenos Nacionaes, possuidos actualmente pelo Senhor D. Pedro I, ficarão sempre pertencendo a Seus Successores; e a Nação cuidará nas acquisições, e construcções, que julgar convenientes para a decencia, e recreio do Imperador, e sua Familia.

⁶⁸ Nesse diapasão, constata-se que o primeiro debate parlamentar brasileiro, deflagrado em 1826, disse respeito à responsabilização de agentes públicos. Em termos jurídicos, a escolha do tema foi reflexo lógico do estabelecimento de uma ordem constitucional, ajustando-se à distribuição de poderes insculpada na Constituição. Politicamente, não obstante, esse foi o meio de o parlamento contornar a irresponsabilidade completa do imperador por seus atos.” (DE SOUSA, Luciano Anderson. Crimes (...), p.36.

inicial para o “exame da administração passada, e reforma dos abusos nella introduzidos”. Além disso, caberia àquela Casa, de maneira privativa, analisar a viabilidade das acusações formuladas contra os Ministros e Conselheiros de Estado (artigo 38)⁶⁹.

II - Na sequência, referenciamos a previsão de responsabilidade dos Ministros de Estado (artigo 133) por “traição” (inciso I); “peita, suborno ou concussão” (inciso II); “por abuso do poder” (inciso III); “pela falta de observancia da lei” (inciso IV); ou “por qualquer dissipação dos bens publicos” (inciso VI), cuja regulamentação ficou a cargo de uma lei específica, aprovada em 15 de outubro de 1827.

Destaca-se que tal diploma legal, cujo teor trazia disposições específicas sobre os tipos penais e o respectivo processo judicial, trazia sanções bem rígidas para os atos de corrupção, merecendo destaque a fixação da pena de “inhabilidade” (uma espécie de inabilitação) para todos os empregos, multas de até o triplo do valor recebido indevidamente para a prática de qualquer ato referente ao seu Ministério, remoção para fora da Côrte, cujo regresso, nos casos em que houvesse dado ao erário, só poderia ocorrer com o pleno ressarcimento⁷⁰.

⁶⁹ Art. 38. E' da privativa attribuição da mesma Camara decretar, que tem logar a accusação dos Ministros de Estado, e Conselheiros de Estado. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm e acessado em 23/04/2019, às 11:09 horas.

⁷⁰ Art 1º Os Ministros e Secretarios de Estado são responsaveis por traição: §1ºAttentando por tratados, convenções, e ajustes, dentro ou fôra do Imperio, ou por outros quaesquer actos do seu officio, ou prevalecendo-se delle com dolo manifesto: 1º Contra a fôrma estabelecida do Governo. 2º Contra o livre exercicio dos poderes politicos reconhecidos pela Cosntituição do Imperio. 3º Contra a independencia, integridade, e defesa da nação. 4º Contra a pessoa ou vida do Imperador, da Imperatriz, ou de algum dos Principes, ou Princezas da imperial familia. § 2º Machinando a destuição da religião catholica apostolica romana. § 3º São applicaveis aos delictos especificados neste artigo as penas seguintes. Maxima: morte natural. Média: perda da confiança da nação, e de todas as honras; inhabilidade perpetua para ocupar empregos de confiança, e cinco annos de prisão. Minina: perda da confiança na nação, inhabilidade perpetua, restricta ao emprego, em que é julgado, e cinco annos de suspensão do exercicios dos direitos politicos. Art 2º São responsaveis por peita, suborno, ou concussão: § 1º Por peita, aceitando dadiva ou promessa, directa ou indirectamente, para se decidirem em qualquer acto do seu ministerio. As penas para os delictos desgnados neste paragrapho são: Maxima: inhabilidade perpetua para todos os empregos, e a multa do triplo do valor da peita. Média: inhabilidade perpetua para emprego de Ministro e Secretario de EStado, inhabilidade por 10 annos para os outros empregos, e a multa do duplo do valor da peita. Minima: perda do emprego, e multa do valor da peita. § 2º Por suborno, corrompendo por sua influencia, ou peditorio a alguém para obrar contra o que deve, no desempenho de suas funcções publicas; ou deixando-se corromper o que não devem, ou deixarem de obrar o que devem. As penas para os delictos designados neste paragrapho são: Maxima: suspensão do emprego por tres annos. Média: por dous. Minima:

III - Além disso, o artigo 135 da Constituição de 1824 dizia expressamente que a ordem “vocal ou por escrito” do Imperador para que os Ministros fizessem algo ilegal não os salvaria da responsabilidade⁷¹;

IV - Também digno de nota foi a previsão do artigo 156⁷², que delegou à uma lei o papel de regulamentar a responsabilidade dos Juizes de Direito e dos Officiaes de Justiça pelos abusos de poder e prevaricações que

por um. O réo incorre nesta penas, ainda quando se não verifique o effeito do suborno, assim como acontece na peita. § 3º Por concussão, extorquindo, ou exigindo o que não for devido, ainda que seja para a Fazenda Publica, ainda quando se não siga o effeito do recebimento. As penas para os delictos designados neste paragrapho são: Maxima: suspensão do emprego por seis annos. Média: por quatro. Minima: por dous. § 4º O réo, que, tendo commetido algum dos delictos especificados nos paragraphos antecedentes, os tiver levado a pleno effeito, e por meio delles abusado do poder, ou faltado á observancia da lei, soffrerá, além das penas declaradas nos ditos paragraphos, as que ao diante se declaram nos art. 3º e 4º. Art 3º São responsaveis por abuso de poder: § 1º Usando mal da sua autoridade nos actos não especificados na lei, que tenham prduzidos prejuizo, ou damno provado ao Estado, ou a qualquer particular. As penas para os delictos designados neste paragrapho são: Maxima: tres annos de remoção para fóra da Côrte e seu termo. Média: dous annos. Minimo: um anno. Além disso a reparação do damno á parte, havendo-a ou á Fazenda Publica, quando esta seja interessada, sem o que não voltará á Côrte. § 2º Usurpando qualquer das attribuiç~eos do poder legislativo, ou judiciario. As penas para os delictos designados neste paragrapho são: Maxima: inhabilidade perpetua para todos os empregos, e dous annos de prisão. Média: inhabilidade por dez annos para todos os empregos. Minima: perda do emprego. Art 4º São responsaveis por falta de observancia da lei: § 1º Não cumprindo a lei, ou fazendo o contrario do que ella ordena. § 2º Não fazendo effectiva a responsabilidade dous seus subalternos. As penas para os delictos designados neste artigo são as do art 3º § 1º, inclusive a reparação do damno. Art 5º são responsaveis pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos cidadãos: § 1º Obrando contra os direitos individuaes dos cidadãos, que tem por base a liberdade, segurança, ou propriedade, marcados na Constituição, art. 179. Art 6º São responsaveis por dissipação dos bens publicos: § 1º Ordenando, ou concorrendo de qualquer modo para as despesas não autorizadas por lei, ou para se fazerem contra a fôrma nella estabelecida, ou para se celebrarem contractos manifestamente lesivos. § 2º Não praticando todos os meios ao seu alcance para a arrecadação ou conservação dos bens moveis, ou immoveis, ou rendas da nação. § 3º Não pondo, ou não conservando em bom estado a contabilidade da sua repartição. As penas para os delictos designados nos arts. 5º e 6º são as mesmas applicadas aos que estão comprehendidos no § 1º do art. 3º, inclusive a reparação do damno. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-15-10-1827.htm e acessado em 23/04/2019, às 15:46 horas.

⁷¹ Art. 135. Não salva aos Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador vocal, ou por escripto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm e acessado em 23/04/2019, às 16:02 horas.

⁷² Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm e acessado em 23/04/2019, às 16:08 horas.

cometessem no exercício da função, sendo que essa previsão nunca foi tornada efetiva⁷³;

V - Ainda merece registro o artigo 157, que trouxe o cabimento de “ação popular” contra os juízes por suborno, peita, peculato e concussão, a ser intentada contra o queixoso ou qualquer do povo no prazo de ano e dia;

VI - Por fim, devemos destacar que no Título 8º (que tratava das “Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros) constavam diversas regras, até hoje replicadas no sistema de direitos fundamentais do cidadão ou no Capítulo atinente à Administração Pública, que serviam – e servem – como parâmetros de contenção ao poder estatal. Senão, vejamos:

VI.1 - O artigo 179, ao longo dos seus três incisos, contemplava os princípios da reserva legal, da finalidade e da irretroatividade das leis⁷⁴.

VI.2 - O inciso V do artigo 179⁷⁵ trazia uma hipótese de liberdade de culto que, mesmo a religião oficial sendo a católica e a Lei de 15 de outubro de 1827, no artigo 1º, §2º, tivesse descrito como crime atuarem os Ministros de Estado, proibiu qualquer perseguição pela escolha religiosa, podendo-se dizer que tem-se aqui um embrião do princípio da impessoalidade administrativa.

⁷³ “Ademais, havia por parte do Parlamento o desejo de estabelecimento de limites e responsabilizações relativamente aos magistrados, além dos demais agentes públicos. Com pertinência à primeira hipótese, encetaram-se discussões que redundaram na primeira lei de organização do excelso pretório, então chamado de supremo tribunal de justiça, aos 18 de setembro de 1818, sem estabelecimento de incriminações.” (DE SOUZA, Luciano Anderson. Crimes (...), p. 38).

⁷⁴ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica. III. A sua disposição não terá efeito retroactivo. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm e acessado no dia 23/04/2019, às 21:38 horas.

⁷⁵ V. Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm e acessado no dia 23/04/2019, às 21:39 horas.

VI.3 - Já o inciso XIV⁷⁶ do mesmo artigo 179 trazia o amplo acesso aos cargos públicos, fundado no mérito pessoal de cada um, em uma lógica inicial, pelo menos do ponto de vista teórico, do que acontecesse com a atual regra do concurso público para ingresso no serviço público, cujo fim é exatamente selecionar os melhores profissionais para os cargos, empregos e funções públicas, a despeito da recorrente prática do nepotismo, até hoje presente no contexto da Administração Pública.

VI.4 - Por fim, o inciso XXX⁷⁷ contemplava o direito de petição aos cidadãos para fins de apresentação de suas reclamações, queixas ou denúncias contra o descumprimento do contido naquela Constituição.

3. A CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891.

No contexto histórico das Constituições, revela-se primordial tangenciar o momento vivido pelo Brasil à época da promulgação da Constituição de 1891, marcada como a primeira Constituição da República.

Em data pretérita ao ano de 1891, o Brasil atravessava diversos conflitos entre militares, grandes produtores latifundiários, religiosos e a própria Monarquia. Os interesses divergentes fomentavam os descontentamentos com o Império, fazendo-o enfraquecer, posto que à medida em que perdia a proteção dos militares, produtores e da Igreja Católica, perdia seu ponto de apoio.

Até que, em 15 de novembro de 1889, o militar Marechal Deodoro da Fonseca proclamou a República, afastando do poder D. Pedro II e todos os sucessores do governo, aniquilando, por corolário, a Monarquia no Brasil.

⁷⁶ XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm e acessado no dia 23/04/2019, às 21:54 horas.

⁷⁷ XXX.. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm e acessado no dia 23/04/2019, às 21:54 horas.

Percebe-se, todavia, que, neste momento, não houve grande participação popular. Despontam como precursores do movimento, influentes personalidades da época, razão pela qual há defensores da tese que a República nasceu de um golpe de Estado ilegítimo.

Em contrapartida, ressalta-se que no preâmbulo da Constituição em apreço, o Congresso Constituinte fez constar a intenção de organizar um Estado de regime livre e democrático⁷⁸.

Necessário pontuar que um Estado Democrático garante o alcance e a aplicação das leis a todas às pessoas, assegurando a submissão dos cidadãos, sem distinção, às legislações vigentes no País.

Assim, pode-se concluir que o livre exercício da Democracia é indissociável do efetivo controle da corrupção, se verificando, destarte, a vulnerabilidade da Constituição de 1981, já que propõe a democracia como objetivo central da República, mas se inicia com um Presidente eleito de forma indireta, sem manifestação de vontade do povo.

Inicialmente, cumpre destacar que o teor contido na Constituição em evidência, se revela deveras inovador e se distancia da ideia de “superproteções” aos agentes públicos e políticos, buscando, ainda que de forma tímida, responsabilizá-los quando agem em dissonância com a boa gestão.

Com efeito, cita-se seu artigo 15⁷⁹, o qual prevê a Separação dos Poderes no molde preconizado pela Teoria Clássica da Tripartição dos Poderes, cujo cerne é a separação de um mesmo Poder em três funções distintas, independentes e harmônicas entre si, extinguindo, de plano, o arbitrário Poder Moderador estipulado pela Constituição anterior.

Nesse aspecto, em paralelo, cumpre mencionar o disposto no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em

⁷⁸ “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte.”

⁷⁹ Artigo 15 – São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

1789, que traz disposição bastante elucidativa, *in verbis*: “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.”

Infere-se, portanto, que a Constituição de 1981 trouxe, pela primeira vez, a previsão da Separação dos Poderes, permitindo a possibilidade de se dar início a um controle sistêmico entre os Poderes, no sentido de fiscalizar, em especial, as ações deliberadas tendentes a desrespeitar os direitos fundamentais, dos quais, indubitavelmente, pertence o direito à uma sociedade proba e íntegra.

De outra banda, destaca-se a previsão inédita de eleição direta do Poder Executivo Federal, quando, nos moldes de seu artigo 47⁸⁰, determina que o Presidente e o Vice-Presidente devem ser eleitos por sufrágio direto da Nação.

Vislumbra-se, também, como sinal do intento de garantir a lisura nos procedimentos da Administração pública, o disposto no artigo 23⁸¹ da Constituição, que prevê o impedimento dos membros do Congresso Nacional de contratar com o Estado, bem como de receber outros provimentos deste Ente pagador.

No mesmo pensamento, buscando impedir que os membros do Congresso Nacional tivessem acesso a cargos estratégicos de governo ou de influência política, a Constituição trouxe em seu bojo o artigo 24, prevendo, inclusive, sanção em caso de descumprimento, cingindo-se a perda do mandato.

Em caminho semelhante ao previsto na Constituição Imperial, a Constituição em apreço traz em seu artigo 52 que os Ministros de Estado não serão responsáveis pelos conselhos dados ao Presidente da República, perante o Congresso, tampouco aos Tribunais.

Dessa forma, quando a Constituição ventila a hipótese de irresponsabilidade dos Ministros quanto à conselhos proferidos ao Gestor

⁸⁰ Artigo 47 – O presidente e o Vice-Presidente da República serão eleitos por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta dos votos.

⁸¹ Artigo 23 – Nenhum membro do Congresso, desde que tenha sido eleito, poderá celebrar contratos com o Poder Executivo nem dele receber comissões ou empregos remunerados.

máximo da União é facilitar a prática de atos corruptos e ímprobos, o quais podem vir a ocorrer revestidos por conselhos, até então inimputáveis, aos Ministros.

De toda sorte, o artigo aduz que os Ministros estão sujeitos a responder por crimes comuns ou de responsabilidade perante o Supremo Tribunal Federal, o que também remete a outro facilitador da corrupção: o foro de prerrogativa de função, que, por ora, nos limitaremos à breve menção, posto que se falará mais à frente com o necessário aprofundamento.

Inobstante, à luz do disposto no artigo 50 da Constituição, tem-se a impossibilidade de os Ministros de Estado acumularem outro emprego, função pública ou cargos políticos federais.

Em que pese a prerrogativa de foro também prevista ao Presidente da República, tanto para os crimes comuns, quanto aos crimes de responsabilidade, é imperioso destacar que se afasta a figura do “Chefe do Executivo Irresponsável”, trazendo um rol de condutas atentatórias à administração pública que configuram os crimes de responsabilidade e implicam em sanções.

De outro norte, a Constituição também inaugura a responsabilidade dos funcionários públicos, quando determina a responsabilização pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos; assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos, comprometendo-se, inclusive, com o firmamento de compromisso formal ao desempenho dos seus deveres legais, ainda no ato da posse.

O curioso, dentre as disposições constitucionais, é a previsão da criação de um Tribunal de Contas para liquidar as despesas do governo antes de repassá-las ao Congresso. Como determinado, os membros do Tribunal de Contas eram nomeados pelo Chefe do Executivo, com ulterior aprovação do Legislativo, justamente, pelos dois Poderes em que percorrem as contas do Governo, em busca da aprovação.

4. A CONSTITUIÇÃO DE 1934.

Nesse ponto da história, é importante lembrar que à época, o mundo vivia o recente colapso ocasionado pela Quebra da Bolsa de 1929, responsável pela desesperança dos ideais do liberalismo econômico, e dos crescentes movimentos sociais em busca de melhores condições de trabalho.

A tripartição dos Poderes foi mantida pela nova constituinte, disposta no artigo 3º. Veja-se: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.”

Em contradição, o Poder Legislativo se torna unicameral imperfeito, uma vez que o Senado Federal passa a ser simples colaborador da Câmara dos Deputados. Observa-se isso claramente no artigo 22, do Texto Supremo: “O Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal.”

Outrossim, destaca-se o artigo 23, §3º que trazia a interessante previsão de que a Câmara dos Deputados seria composta por representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional e sufrágio universal, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais, por sufrágio indireto (Deputados classistas)⁸².

No tocante à prestação de contas dos Presidente da República, o artigo 29 possibilita em grande escala a prática de atos de corrupção, porquanto não responsabiliza a figura do Presidente em caso de não apresentação das contas. Cinge somente à determinação de que a Câmara eleja uma comissão para organizá-las, e que, em caso de inconsistências, se verificará o responsável.

⁸² “Art. 23 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar. § 3º - Os Deputados das profissões serão eleitos na forma da lei ordinária por sufrágio indireto das associações profissionais compreendidas para esse efeito, e com os grupos afins respectivos, nas quatro divisões seguintes: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos. ”

Transmite a ideia de irresponsabilidade com o tesouro, admitindo que o Presidente da República deixe de prestar contas, sem determinar sanção que impeça a má gestão.

Por outro lado, do exame do teor do artigo 33⁸³ denota-se uma ampliação no rol de impedimentos dos Deputados, em síntese: a proibição de contratar passa a ser com a Administração Pública em geral, e nas três esferas de governo (federal, estadual e municipal)⁸⁴, proíbe-se a ocupação de cargo público ad nutum e patrocinar causas contra a União, Estados ou Municípios, também impondo como sanção a perda do mandato.

Nesse contexto, o artigo 50 revela um cuidado com o orçamento público, uma vez que enrijece as condições de sua apresentação, elaboração e/ou alteração, inclusive, proibindo o Poder Legislativo de conceder créditos ilimitados, demonstrando assim certa cautela e controle do dinheiro público.

De forma muito semelhante à Constituição de 1891, destacou-se aqui os crimes de Responsabilidade cometidos pelo Presidente da República. Nesse viés, convêm pôr em evidência os atos que atentam “contra a probidade da administração.”⁸⁵

Insta salientar que nesta Constituição os Ministros de Estado passaram a ter responsabilidade pelos atos que subscreviam ao Presidente da República, ainda que conjuntamente com este ou por sua ordem⁸⁶.

⁸³ Artigo 33 – Nenhum deputado, desde a expedição do diploma, poderá: 1) celebrar contrato com a Administração Pública federal, estadual ou municipal. 2) aceitar ou exercer cargo, comissão ou emprego público remunerados, salvas as exceções previstas neste artigo e no art. 62. § 1º - Desde que seja empossado, nenhum Deputado poderá: 1) ser diretor, proprietário ou sócio de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a Administração Pública; 2) ocupar cargo público, de que seja demissível *ad nutum*; 3) acumular um mandato com outro de caráter legislativo, federal, estadual ou municipal; 4) patrocinar causas contra a União, os Estados ou Municípios.

⁸⁴ Na Constituição de 1891 a proibição era somente com o Executivo Federal, e os cargos comissionados se referiam somente aqueles que fossem vinculados ao Executivo Federal.

⁸⁵ Artigo 57, alínea f.

⁸⁶ Art. 61 - São crimes de responsabilidade, além do previsto no art. 37, in fine, os atos definidos em lei, nos termos do art. 57, que os Ministros praticarem ou ordenarem; entendendo-se que, no tocante às leis orçamentárias, cada Ministro responderá pelas despesas do seu Ministério e o da Fazenda, além disso, pela arrecadação da receita. § 2º - Os Ministros são responsáveis pelos

Sobre a corrupção judicial, cabe destacar a previsão contida no artigo 69: *“Nenhuma percentagem será concedida a magistrado em virtude de cobrança de dívida.”*

Além disso, a Constituição ainda previu crimes de Responsabilidade aos Ministros da Corte Suprema, afastando ainda mais a sensação de impunidade.

De outra banda, além de mero colaborador da Câmara dos Deputados, o artigo 88 dispunha outra atribuição ao Senado Federal, qual seja: a incumbência de promover a coordenação dos Poderes federais entre si⁸⁷.

Veja-se que o supracitado dispositivo remete à ideia da instalação de um novo Poder Moderador, pois, de fato, se assemelha ao existido na época do Império quando possibilita a interferência na independência entre os poderes.

Inobstante ao fato dos Ministros do Tribunal de Contas serem nomeados pelo Presidente da República, a inovação trazida pelo artigo 101 e 102, os quais submetem o controle externo ao Tribunal de Contas é, inegavelmente, uma barreira à corrupção⁸⁸

Inaugura-se também, outros instrumentos vistos como indispensáveis ao combate à corrupção, posto que materializam a participação popular no controle de ilegalidades, abusos ou quaisquer outras ações danosas ao bem comum. Nesse sentido, destacamos: a) o voto secreto, que impedia a

atos que subscreverem, ainda, que conjuntamente com o Presidente da República, ou praticarem por ordem deste.

⁸⁷ Art. 88 - Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.

⁸⁸ Art 101 - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo. § 1º - Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de Administração Pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste.

Art 102 - O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de trinta dias, sobre as contas que o Presidente da República deve anualmente prestar à Câmara dos Deputados. Se estas não lhe forem enviadas em tempo útil, comunicará o fato à Câmara dos Deputados, para os fins de direito, apresentando-lhe, num ou noutro caso, minucioso relatório do exercício financeiro terminado.

manipulação e a venda do voto, à medida em que não se havia como comprová-lo, afastando a incidência de votos viciados, fraudados ainda com antiga cultura do voto de cabresto. b) o Mandado de Segurança: “artigo 113, n. 33 – Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes. ” c) Direito de acesso à informação: “artigo 113, n. 35 – A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva. ” d) a ação popular: “artigo 113, n. 38 – Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. ”

Não se pode olvidar a expressiva ampliação dos tipos de responsabilização dos funcionários públicos no artigo 171 e seus parágrafos, que não só estariam sujeitos a sanções por desídia ou condescendência, mas também seriam solidariamente responsáveis com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

Decorrem desta previsão, outras duas possibilidades: a) proposta ação contra a Fazenda Pública em fundada lesão praticada por funcionário, este será citado como litisconsorte; b) executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado. Veja-se, remete à hipótese de ação regressiva da Administração contra o funcionário.

Nesse mesmo viés, ressaí do texto constitucional o disposto no artigo 172, que prevê expressamente a proibição da acumulação de cargos públicos remunerados nas três esferas de governo.

5. A CONSTITUIÇÃO DE 1937.

A doutrina é unânime em apontar que essa constituição não trouxe inovações relevantes no tema.

Tanto que já se discutiu sobre o exercício da livre democracia como fator atrelado diretamente ao combate à corrupção, que desta vez o regime político encontrará barreira nas ideias autoritárias e fascistas da ditadura instalada no Estado Novo⁸⁹, no governo de Getúlio Vargas.

De plano, cumpre destacar as medidas drásticas e retrógradas que se sobressaem da nova constituinte, valendo como exemplo a seguinte cadeia fática: fechou-se o Parlamento, violou-se a tripartição de Poderes, nomeou-se interventores nos estados membros, remetendo à época da instalação do Governo Provisório, logo após a derrubada da Monarquia.

Nesse contexto, não havia designação de pessoas legitimadas a denunciar arbitrariedades e abusos de poder. Os agentes que possuíam o dever de insurgência, protegidos de represálias, estavam aliados ao governo autoritário, e dele, também, se beneficiavam.

A Constituição de 1937, significou tremendo retrocesso no combate à corrupção, sinalizando a fragilidade desse processo, bastando a promulgação de uma nova constituinte para que todo o progresso seja evidentemente prejudicado, ou até mesmo, totalmente desconsiderado.

Atualmente, o que nos assegura nesse caminhar são os tratados internacionais ratificados pelo Brasil no Combate à Corrupção, vez que corrompê-los ou, de toda sorte, denunciá-los, implica em embargos comerciais e outros prejuízos econômicos para o País.

Retomando o objeto da análise, necessário pontuar os dispostos nos artigos 26, 46 e 77, donde se extrai a determinação de sufrágio direto para a eleição de vereadores, deputados e Presidente da República, respectivamente.

⁸⁹ Estado Novo, ou Terceira República Brasileira, foi o regime político brasileiro instaurado por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, que vigorou até 31 de janeiro de 1946. Era caracterizado pela centralização do poder, nacionalismo, anticomunismo e por seu autoritarismo.

Ademais, o artigo 38 definiu que o Poder Legislativo (Parlamento Nacional) seria integrado pela Câmara dos Deputados e o Conselho Federal, afastando, por conseguinte, a figura do Senado Federal. Observe-se: “Artigo 38 – O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição. §1º - O Parlamento nacional compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal.”

No artigo 43, a constituição revela que não há imunidade material dos membros do Parlamento, havendo, tão somente, uma prerrogativa de foro aos crimes correlatos. Excetuando atos de difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime, que permite a responsabilização civil e criminal.

Manteve-se a proibição de contratar com o poder público, ocupar cargos público demissível *ad nutum*, patrocinar causas das três esferas de governo, ampliando-se aos membros do Parlamento Nacional, que nesta constituição correspondia aos membros da Câmara dos Deputados e o Conselho Federal.

Houve em seu texto a inserção conteúdo que demonstrava preocupação e zelo com o orçamento e tesouro nacional, determinando-se, inclusive, a criação de um Departamento Administrativo ligado à Presidência, com a atribuição de levantar, fiscalizar e reorganizar os órgãos públicos e suas necessidades orçamentárias.

No que tange à previsão de crimes de responsabilidade, resume-se aos artigos 85, 89, 100 e 158, imputados ao Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e aos funcionários públicos, respectivamente.

Interessante notar que a Constituição inovou quando trouxe em seu artigo 92 e 94 questões de impedimentos ao Poder Judiciário, ainda, prevendo, sanção de perda do cargo e todos as vantagens correspondentes.

É mister salientar, que se denota uma tentativa de resguardar a imparcialidade da Justiça, mantendo-se equidistante da política e benesses que pudessem macular a imagem do Órgão judiciário brasileiro.

Vislumbra-se, em linhas gerais, que a Constituição de 1937 trouxe e manteve em seu bojo diversos dispositivos combatentes à corrupção, todavia, o que se denota é que suas exigências eram totalmente sem eficácia, posto que desconsideradas pelo próprio Presidente da República, que travava um governo autoritário e antidemocrático, restando, portanto, normativas inaplicáveis na prática.

6. A CONSTITUIÇÃO DE 1946.

Na análise linear da evolução histórica do combate à corrupção no Brasil, é de suma importância, neste momento, ressaltar a figura que o país desempenhou no cenário histórico mundial. É cediço que a Segunda Guerra Mundial acabou em 1945, da qual saíram vencedores os países Aliados 90, que lograram, em breve síntese, a derrocada das ditaduras nazifascistas dos países do Eixo⁹¹.

O Brasil, por sua vez, declarou apoio aos países “Aliados”, o que trouxe como consequência batalhas travadas contra os países do Eixo. A referida decisão externa do Brasil reverberou negativamente na política interna do país, que era, assumidamente, fascista. Explico.

À época em que a Segunda Guerra Mundial findava, o Brasil vivia sob o Governo de Getúlio Vargas, totalmente autoritário e ditador, pautado na Constituição de 1937, que foi diretamente influenciada pelo modelo fascista.

Plausível, portanto, os questionamentos internos acerca da decisão do Estado em apoiar a oposição, que buscava erradicar justamente o modelo adotado pelo país.

⁹¹ Alemanha, Itália e Japão.

Sendo assim, o governo de Vargas enfraqueceu e, no final daquele ano, as Forças Armadas depuseram-no, assumindo a Chefia do Executivo, por sucessão legal, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal. A partir daí, contavam-se os dias para o fim daquela era totalitária do governo Brasileiro.

Isto posto, buscando-se a redemocratização, em 18 de janeiro de 1946, promulgou-se um novo Texto Constitucional.

Nessa ótica, a tripartição dos poderes foi reestabelecida⁹².

Cumpre também destacar a câmara do Senado Federal foi retomada, volvendo o Poder Legislativo ao regime bicameral⁹³.

Por oportuno, faz-se alusão ao disposto no artigo 61: “o Vice-Presidente da República exercerá as funções de Presidente do Senado Federal, onde só terá voto de qualidade.”

Infere-se dessa norma indevida relativização da independência dos Poderes, porquanto o Poder Executivo exercia função de Presidência em uma das casas do Poder Legislativo. Nesse ponto, a Constituição traz um incontestável facilitador da corrupção, quando atribui ao Senado Federal a competência para julgar os crimes de responsabilidade do Presidente da República, mas defere a Presidência da Casa Legislativa ao Vice-presidente da República, detentor de voto de qualidade⁹⁴ e com inquestionável poder de influência junto aos seus pares pela posição ocupada.

De outro giro, o artigo 48 estabelece a proibição aos parlamentares de contratar ou exercer cargos na administração pública ou dela se beneficiar. Há, inclusive, previsão de perda de mandato em caso de descumprimento. Aliás,

⁹² Artigo 36 – São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

⁹³ Artigo 37 – O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

⁹⁴ Eventual voto de desempate.

registra-se como prenúncio da moralidade pública, a previsão de perda do mandato em caso de ofensa ao decoro parlamentar.

No tocante ao Tribunal de Contas, competente para julgar as contas de todos aqueles responsáveis pelo dinheiro público⁹⁵, verifica-se outro dispositivo questionável sob o ponto de vista da imparcialidade, *in verbis*: “artigo 76 – Os Ministros dos Tribunais de Contas serão escolhidos pelo Presidente da República.”

No artigo 89, há a definição dos crimes de responsabilidade aos atos praticados pelo Presidente da República que atentarem contra a Constituição e, em suma, contra os interesses da Administração Pública.

Já nos avançados artigos 92 e 93, há previsão de foro de prerrogativa aos Ministros de Estado, insistente facilitador da impunidade dos atos de corrupção, bem como previsão de crimes de responsabilidade por eles praticados, com cominação até mesmo em conjunto com o Presidente da República.

Outrossim, encontra-se no artigo 96 impedimentos aos magistrados na busca da imparcialidade do Poder Judiciário. Percebe-se que sucessivas constituições trazem essa previsão, vez que são agentes expoentes e de intensa exposição à corrupção.

Ademais, esse Texto trouxe, de maneira pioneira nesse âmbito, as sanções de sequestro e perda de bens em decorrência da prática de atos “de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (artigo 141, §31).

Nessa senda, cita-se o artigo 141, §4º: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Vislumbra-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, fator importantíssimo ao combate à corrupção, dando ao jurisdicionado oportunidade de revisão de ato que considere arbitrário.

⁹⁵ Artigo 77, II.

Importantíssima previsão de cunho protecionista ao erário público é consagrada no artigo 194, qual seja: a ação de regresso contra funcionário irresponsável, causador de danos a terceiros.

7. A CONSTITUIÇÃO DE 1967.

A leitura desse Texto Constitucional, de caráter autoritário, não traz um parâmetro normativo diferente do existente até então.

A democracia foi suprimida como outrora, havendo designação de amplos poderes ao Presidente da República, que, aqui, passou a ser eleito por sufrágio indireto.

Sabe-se, de início, que na vigência desta nova Constituição, ainda que tenha havido dispositivos repressores da corrupção, a improbidade, arbítrio e abuso de poder imperaram. Basta reportar aos fatos públicos e notórios de tortura e perseguição políticas realizados à época, que, infelizmente, são negados pelo atual Presidente da República, que presta uma desinformação mentirosa em massa incompatível com o cargo que ocupa.

Imensuráveis são os prejuízos à Administração Pública, aos fundamentos da República e ao Tesouro Nacional. É consabido que quanto mais o país se faz autoritário mais corrupto ele é.

Retornou-se à estaca zero, principalmente após publicação do Ato Institucional nº5, que culminou com o fechamento do Congresso Nacional e finalizou uma série de atos arbitrários dessa época negra do país⁹⁶.

⁹⁶ "Como consequência lamentável e indesejada da turbulência política que assolava o País, em 13 de dezembro de 1968 foi editado o Ato Institucional n. 5, o qual, dentre outras medidas antidemocráticas, concedeu ao presidente da República poderes para suspender os direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de 10 anos, cassar mandatos políticos e decretar o confisco dos bens daqueles que tivessem enriquecido ilicitamente no exercício de cargo ou função pública, alcançando os que exercessem suas atividades junto às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Como peculiaridade marcante, tinha-se que o decreto presidencial era imune à apreciação do Poder Judiciário, o que, por si só, já é indício veemente do absolutismo de então. Em momento anterior, o Ato Institucional n.1, de 9 de abril de 1964, que rompeu com o regime constitucional e deu início à ditadura militar, já havia suspenso as garantias de vitaliciedade e estabilidade, de modo a autorizar a demissão, a disponibilidade, a aposentadoria, a transferência para a reserva ou reforma daqueles que, após a apuração sumária, fossem considerados culpados de "atentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos" (art. 7º. p. 1º.). Em relação aos procedimentos instaurados em outros entes federados, era previsto o cabimento de recurso para o Presidente da República (art. 7º., ps 2º e

Nessa linha, enfatiza-se o inteiro teor do artigo 151: “Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23. 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa. ”

Ainda que a parte *in fine* suavize o texto, em um tom “humanitário”, com a ressalva de resguardar a ampla defesa, salta aos olhos a punição extrema (suspensão de direitos individuais ou de direitos políticos) a condutas não especificadas, tratando-as como “abusos”.

Não obstante, foram mantidos diversos dispositivos na Constituição voltados ao combate à corrupção, pelo menos do ponto de vista formal. Difícil, no entanto, é assegurar que foram efetivamente cumpridos.

Dentre as disposições anticorrupção trazidas à Constituição de 1967 como reprodução das que lhe sucederam, destacamos as seguintes:

3º.). O exame do Judiciário, por sua vez, era restrito à observância das formalidade extrínsecas. O ato Institucional n.2, de 27 de outubro de 1965, na senda das alterações que promoveu na Constituição de 1946, considerou “crime de responsabilidade contra a probidade na administração, a aplicação irregular, pelos Prefeitos, de cota do Imposto de Renda atribuída aos municípios pela União, cabendo a iniciativa da ação penal ao Ministério Público ou a um terço dos membros da Câmara Municipal”. O crime de responsabilidade aqui referido, como se percebe, era um verdadeiro crime comum, a ser perquirido com o ajuizamento de ação penal. Posteriormente, foi editado o Decreto-lei 359, de 17 de dezembro de 1968, que instituiu uma *Comissão Geral de Investigação* no âmbito do Ministério da Justiça para a realização das investigações sumárias que embasariam o decreto de confisco. De acordo com o seu art. 6º., “considera-se enriquecimento ilícito, para fins deste decreto-lei, a aquisição de bens, dinheiro ou valores, por quem tenha exercido ou exerça cargo ou função pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como das respectivas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, sem que à época da aquisição dispusesse de idoneidade financeira para fazê-lo, a vista da declaração de rendimentos apresentada para fins de imposto de renda”. Aqui, dispensava-se a prova do nexo-etiológico entre determinada conduta e a aquisição do bem, sendo incluída a evolução patrimonial desproporcional como elemento delineador do enriquecimento ilícito, o que já demonstrasse o disposto no art. 9º, VII, da Lei n. 8.429/1992 não representa inovação no direito pátrio. O Decreto-Lei n. 446, de 3 de fevereiro de 1969, em linhas gerais, inseriu alterações de ordem procedimental nos arts. 4º.e 9º. do Decreto-Lei n. 359/1968. O Ato Complementar n. 42, de 27 de janeiro de 1969, regulamentou e ampliou o confisco instituído pelo Ato Institucional n.5, tendo previsto uma tipologia dos atos de enriquecimento ilícito em seu art. 2º e, em seu art. 3º, dispondo que os bens confiscados seriam “incorporados ao patrimônio da entidade jurídica prejudicada com o enriquecimento e, se nenhuma o tiver sido, ao da União”. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade (...)*, p.266-267).

- I - A vedação aos Deputados e Senadores de não contratar ou exercer de outro cargo na Administração Pública (artigo 36);
- II - A preocupação com o orçamento e financeiro da União, estabelecendo um controle mais rígido em sua disponibilidade, além de prever critérios para elaboração do ano-exercício, bem como para concessão de créditos pela Administração Pública (artigos 63 e 64);
- III - A previsão consagrada de um controle externo das finanças da União, com auxílio do Tribunal de Contas, cujos membros são nomeados pelo presidente da república, possibilitando a condescendência criminosa (artigo 71);
- IV - A previsão de manutenção, pelo Poder Executivo, de controle interno, inclusive para verificar execução dos contratos. Trata-se de uma espécie de auditoria, que atualmente vemos positivamente, pois evitam e suspendem quaisquer atos suspeitos (artigo 72);
- V - A definição dos crimes de responsabilidade aos atos praticados pelo Presidente da República que atentarem contra a Constituição e, em suma, os interesses da Administração Pública (artigo 84);
- VI - Repetindo previsão da constituição anterior: Ação de regresso contra funcionário irresponsável, causador de danos à terceiros (artigo 105);
- VII - A possibilidade de lei complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade, incluindo, se for o caso, para preservar a probidade administrativa (artigo 148); e,
- VIII - A previsão dos remédios constitucionais, tais como Mandado de Segurança e a Ação Popular, formas de controle do governo improbo e arbitrário pela população (artigo 150, §21 e §31).

8. A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A estruturação do combate à corrupção na “Constituição Cidadã” será feita por ocasião do capítulo seguinte, em que analisaremos os diversos princípios e regras atinentes ao assunto.

CAPÍTULO II - PANORAMA ATUAL DO SISTEMA BRASILEIRO ANTICORRUPÇÃO.

Como dito na introdução, o sistema brasileiro anticorrupção é formado por um conjunto difuso de normas esparsas oriundas de fontes internas e externas (caso dos Tratados e Convenções Internacionais Anticorrupção ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico nacional), que se inter-relacionam com o objetivo de prevenir e reprimir as condutas corruptas nos setores público e privado.

Como se trata de um microssistema jurídico sem uma disposição lógica e ordenada de todos os diplomas legais que tratam do assunto, como acontece com as codificações (entendemos que o ideal seria existir um Código Brasileiro Anticorrupção), não é fácil para o estudioso ou o prático do Direito conhecer todos os marcos legislativos relacionados ao assunto, tampouco, a forma e as hipóteses de aplicação deles.

Não bastasse isso, deve-se registrar que, muitas vezes, o legislador usa a mesma expressão para se referir a institutos completamente diversos⁹⁷, gerando confusão desnecessária.

Por fim, ainda convém mencionar o problema da constante oscilação da jurisprudência e o ativismo judicial, que atua em perigosa via de mão dupla, qual seja:

- a) de um lado, permite a criação de verdadeiros comandos normativos (calcados na moralidade pública e de forte apelo popular) voltados para o efetivo combate à corrupção por meio de institutos não criados para esse fim, como as súmulas vinculantes e as teses de repercussão geral e de recursos repetitivos (o que é aplaudido pela maioria dos juristas e atores do combate à corrupção, pois as prescrições lhe são úteis);
- b) do outro, possibilita aos Tribunais Superiores criarem requisitos de aplicação não contempladas pelo legislador para determinadas normas

⁹⁷ É o que ocorre, por exemplo, com a expressão “crimes de responsabilidade”, que, como veremos, pode representar infração política, crime comum, crime funcional ou infração disciplinar.

anticorrupção, dificultando sobremaneira e, quiçá impossibilitando, a punição devida.⁹⁸

Apesar de toda essa problemática, com muito esforço, é possível traçar um panorama geral do sistema brasileiro anticorrupção, apresentando sua cadeia normativa hierarquizada, os princípios que lhe são próprios, os tipos de atos de corrupção, a sua aplicação concomitante (a chamada interdisciplinaridade dos atos de corrupção, que traz reflexos importantes na atribuição para os atos investigatórios e para a competência jurisdicional) e os pontos críticos que precisam ser melhorados para que o Brasil chegue a um patamar razoável de detecção e punição para atos dessa natureza.

Vejamos, pois, essas premissas iniciais para a perfeita compreensão do nosso objeto de estudo.

1. A Estrutura Normativo-Hierárquica do Sistema Brasileiro Anticorrupção.

O sistema brasileiro anticorrupção, como dito, é um microssistema jurídico composto por normas difusas sobre o assunto, que se encontram em diferentes patamares hierárquicos.

Pois bem, após uma pesquisa aprofundada, podemos concluir que ele é composto por 5 (cinco) níveis hierárquicos bem definidos, estando a validade dos inferiores sempre condicionada a compatibilidade com os de nível superior, em especial os mandados constitucionais anticorrupção, que são os princípios e regras constantes do Texto Supremos voltados para a prevenção e repressão à corrupção.

⁹⁸ É o que ocorre, por exemplo, no caso do crime de dispensa indevida de licitação (artigo 89, da Lei nº 8.666/1993: Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público), em que o tipo penal traz uma conduta que não exige qualquer dolo específico, mas que as Cortes Superiores têm exigido o mesmo, circunstância que vem ocasionando uma massiva absolvição com base em critério não estabelecido pela lei. Vejamos um desses precedentes que se repetem de maneira automatizada: “É pacífico hoje na jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 depende da presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes.” (AgRg no AREsp 263.820/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 21/2/2018).

Dito isso, vejamos como se desenha essa estrutura hierárquica das normas anticorrupção brasileiras:

I – Constituição Federal de 1988;

II – Tratados e Convenções Internacionais Anticorrupção;

III – Leis Anticorrupção (Leis Complementares, Ordinárias e Delegadas em todos os níveis federativos);

IV – Decretos e Regulamentos decorrentes das leis anticorrupção, bem como Resoluções Normativas dos órgãos constitucionais autônomos (casos do Conselho Nacional de Justiça - CNJ -, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP e do Tribunal Superior Eleitoral - TSE);

V – Portarias, Circulares, Instruções Normativas etc.

Além dessa cadeia normativa, é importante registrar a força da jurisprudência dos Tribunais Superiores, que, a despeito de não serem normas formais do Direito Brasileiro, possuem importantes efeitos.

Começamos pelas súmulas vinculantes, as teses de repercussão geral e as decisões de (in)constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle concentrado, uma vez que esses institutos possuem efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e Executivo (este, quando do exercício da função administrativa), cujo descumprimento permite o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal por meio do instituto da reclamação constitucional (artigo 988, III, do Código de Processo Civil c/c Lei 11.417/2006).

Por fim, ainda temos as teses de recursos repetitivos fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, juntamente com as teses de repercussão geral fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, permitem a concessão de tutela de evidência (artigo 311, II, do Código de Processo Civil), a improcedência liminar do pedido (artigo 332, do Código de Processo Civil), dispensam o reexame necessário da decisão proferida com fundamento neles (artigo 496, §4º, do Código de Processo Civil), autorizam o relator de recurso a decidir monocraticamente o mesmo (mantendo ou reformando a decisão impugnada) conforme a tese fixada por meio desses institutos (artigo 932, IV e V, do Código de Processo Civil), possibilitam o ajuizamento de ação rescisória (artigo 966, §5º, do Código de Processo Civil) e, por fim, determinam que o Presidente ou Vice-

Presidente do Tribunal recorrido neguem seguimento a recurso especial ou extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com as teses de recursos repetitivos ou encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos (artigo 1030, I e II, do Código de Processo Civil).

Pois bem, dito isso, façamos uma breve análise dessas normas anticorrupção do Direito Brasileiro.

2. A Constituição Federal de 1988 e os Mandados Constitucionais Anticorrupção.

A “Carta Cidadã” de 1988 representa o principal marco normativo da nova era democrática brasileira, pós ditadura militar. Nesse sentido, como era de se esperar, o Texto Supremo trouxe uma série de dispositivos voltados para as garantias da liberdade individual, mas também consagrou diversos princípios (que, por vezes, também ostentam aquela natureza jurídica) e regras que tratam da prevenção e repressão à corrupção.

Pois bem, a todo esse conjunto normativo constitucional damos o nome de “mandados constitucionais anticorrupção”, que podem ser divididos para fins didáticos da seguinte maneira⁹⁹:

I – Mandados Constitucionais Anticorrupção Estruturantes: são os princípios constitucionais que compõem o núcleo da conformação jurídico-política do Estado na luta anticorrupção, como, por exemplo, a característica de ser um Estado de Direito, com garantia da mais ampla democracia, separação de poderes com fiscalização recíproca entre eles, bem como o respeito à dignidade humana nas atividades estatais anticorrupção.

Nesse tocante, parece-nos evidente que um Estado submetido à vontade pessoal dos governantes de plantão ou de um grupo privado de aliados (autocracia e cleptocracia), sem um critério legal pré-determinado apto a

⁹⁹ Classificação por nós proposta de maneira original, com base na natureza das normas, já que o tema não é explorado na doutrina brasileira, pelo menos nas dezenas de livros que consultamos.

garantir a mínima segurança jurídica, sem democracia e superposição de um Poder sobre o outro (como no caso da Venezuela “chavista” e “madurista”), ou com a adoção de práticas contrárias à dignidade humana (ações investigativas e processos sem garantias básicas de defesa e com penas arcaicas de agressões físicas, trabalhos forçados ou de banimento) não pode ser apontado como um Estado que possui as estruturas mínimas para atuar validamente na prevenção e repressão à corrupção, ainda que o discurso oficial seja outro.

II – Mandados Constitucionais Anticorrupção Estrito Senso: são aqueles princípios e regras constitucionais que se destinam a prevenir ou reprimir a corrupção no exercício das funções, cargos ou empregos públicos. Funcionam como verdadeiros mandamentos básicos de atuação dos agentes públicos e de quem lhes faça as vezes, direcionando e condicionando a validade dos atos por eles praticados ao seu substrato jurídico. Como exemplos (não exaustivos), podemos citar os princípios republicano, da igualdade, legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, bem como os deveres de probidade, de prestação de contas, de vedação à promoção pessoal à custa do erário público, da realização de concursos públicos para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas, a necessidade de licitações como procedimentos prévios legitimadores das contratações de obras e serviços etc.

III – Mandados Constitucionais Anticorrupção Procedimentais: Nessa categoria, estamos diante dos mecanismos administrativos e judiciais (de natureza cível ou criminal) trazidos pela Constituição Federal para que sejam obtidas provas referentes aos atos de corrupção, ou para que, à luz das diretrizes jurídicas decorrentes dos mandados anticorrupção estruturantes ou estrito senso, sejam anulados os que estejam em desconformidade com eles e aplicadas as sanções cabíveis.

À primeira categoria, damos o nome de mandados constitucionais anticorrupção procedimentais probatórios, como o direito de petição, o direito de acesso à informação, o direito à liberdade de expressão, a garantia do sigilo da fonte, o inquérito civil público etc.

Já as ações constitucionais voltadas para a anulação/desconstituição dos atos corruptos, ou para punir os responsáveis por atos desse jaez, representam o que chamamos de mandados constitucionais anticorrupção

procedimentais judiciais. Como exemplos dessa categoria, citamos a ação popular, o mandado de segurança, a ação de impugnação ao mandato eletivo, a ação civil pública, a ação direta interventiva, ação penal privada subsidiária da pública etc.

IV – Mandados Constitucionais Anticorrupção Institucionais: são as previsões normativas que dizem respeito à criação e ao funcionamento das instituições e órgãos públicos com atribuições anticorrupção específicas, como acontece no caso do controle parlamentar exercido sobre o Poder Executivo, bem como na atuação do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e das comissões parlamentares de inquérito, que realizam atos de controle externo voltados para detectar, dentre outras coisas, a corrupção.

V – Mandados Constitucionais Anticorrupção de Garantia: Enquanto as outras categorias trazem disposições voltadas para apresentação da estrutura, princípios, procedimentos e instituições anticorrupção, sempre na perspectiva de quem age contra o ato de corrupção, nos mandados constitucionais anticorrupção de garantia estão inseridos os princípios, regras e procedimentos que permitem a defesa de quem é vítima de um ato de corrupção, como no caso da prisão indevida, a violação de domicílio, a tortura, a interceptação telefônica sem ordem judicial para colheita de provas, bem como a violação dolosa de direitos líquidos e certos praticados por autoridade pública etc.

Assim, toda vez que ficar caracterizado um abuso de poder, ilegalidade dolosa ou crime na condução de investigações ou processos judiciais que digam respeito à atos de corrupção, os mecanismos constitucionais de defesa postos à disposição da vítima apresentam-se como mandados constitucionais anticorrupção de garantia.

Podemos citar como exemplos a proibição das provas ilícitas, os princípios do contraditório e ampla defesa, do juiz e promotor natural¹⁰⁰, o mandado de segurança, o *habeas corpus* etc.

¹⁰⁰ Um processo justo e devido passa pela ausência de poder não só sobre quem julga, mas, principalmente, sobre quem pode e vai investigar, pois disso pode resultar um arquivamento fruto de conluio, ou uma ação temerária do mesmo cunho. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou: “O postulado do Promotor Natural “consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja

Pois bem, apresentada a classificação dos mandados constitucionais anticorrupção, vale ressaltar que muitos deles estão formalmente estampados como direitos e garantias fundamentais, à exemplo do direito de petição (artigo 5º, XXXIV¹⁰¹), da ação popular (artigo 5º, LXXIII¹⁰²), da ação de impugnação ao mandato eletivo (artigo 14, §10º¹⁰³). Já outros, embora não estejam naquele rol formalmente, também possuem nítida característica jusfundamental, como os princípios da Administração Pública¹⁰⁴ (artigo 37, *caput*¹⁰⁵), a previsão da prestação de contas da Administração Pública direta e indireta como “princípio

intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei” (HC 102.147/GO, rel. min. Celso de Mello, DJe nº 22 de 02.02.2011).” (HC 103038, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 11/10/2011, DJe-207 DIVULG 26-10-2011).

¹⁰¹ XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

¹⁰² LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

¹⁰³ § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

¹⁰⁴ “É interessante notar que em diversos países as constituições trazem mandamentos que explicitam tal proibição geral de corrupção e portanto trazem, em contrapartida, o direito dos cidadãos de exigir um poder público probo. Kofele-Kale (2000) observa que a corrupção tem sido proibida pelas leis e constituições de muitos estados, sendo tal disposição expressa nas Constituições de Haiti, Nigéria, Paraguai, Peru, Filipinas e Serra Leoa, só para mencionar alguns. Há quem veja na constituição americana um princípio geral anti-corrupção (Teachout, 2008-2009). (...) A constituição brasileira também traz disposições resguardando expressamente a moralidade pública no exercício do poder estatal em mais de um dispositivo. No *caput* do artigo 37, iniciando o capítulo que trata da Administração Pública, reza que um de seus princípios reitores será a moralidade, e o parágrafo quarto desse mesmo artigo dispõe que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ainda que qualquer cidadão ajuíze a *actio popularis* para anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (artigo 5º, LXXIII). Assim, não seria exagero dizermos que no Brasil já há positivado um direito fundamental anticorrupção.” (FILHO, André Pimentel. (Uma) Teoria da Corrupção (...), p.116-117).

¹⁰⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

constitucional sensível”¹⁰⁶ apto a legitimar a intervenção¹⁰⁷ federal ou estadual (artigo 34, VII, “d” c/c artigo 35, II), ou a probidade administrativa como parâmetro de gestão a ser observado pelo Presidente da República, sob pena de cometer crime de responsabilidade (artigo 85, V) e ter seu mandato extinto prematuramente.

Dito isso, vejamos, à título de citação, quais são - e onde estão localizados topograficamente, os ditos mandados constitucionais anticorrupção¹⁰⁸:

I – Princípio Republicano e Estado de Direito (artigo 1º): É longa a tradição constitucional luso-brasileira de adoção da forma republicana de governo, que se encontra em vigor com os Textos Supremos de 1976 e 1988 (Portugal e Brasil¹⁰⁹, respectivamente).

Igualmente clássica em terras tupiniquins e “além-mar” é a associação automatizada e exclusiva do regime republicano à práticas anticorrupção, como a separação absoluta entre os interesses privados do detentor do poder político-administrativo¹¹⁰ com os interesses públicos¹¹¹.

¹⁰⁶ “Princípios sensíveis são os princípios previstos no art.34, VII, da Constituição Federal e que recebem esse nome (dado originalmente por Pontes de Miranda) porque, se violados, autorizam a intervenção.” (MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2019, p.581).

¹⁰⁷ “A intervenção é um antídoto contra a ilegalidade, o arbítrio, a autossuficiência e o abuso de poder dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 12ª edição, 2019, p.1016).

¹⁰⁸ Os itens XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXXIX, XLII e XLVIII contém, no todo ou em parte, trechos extraídos do Relatório Final da disciplina de Direito Administrativo desse curso de Mestrado, intitulado “O Princípio da Moralidade Administrativa em uma Perspectiva Luso-Brasileira”.

¹⁰⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.

¹¹⁰ “A República Portuguesa incorpora aquilo que sempre se considerou como um princípio republicano por excelência: a concepção de função pública e cargos públicos estritamente vinculados à prossecução dos interesses públicos (art.269º) e do bem comum (res publica) e radicalmente diferenciados dos assuntos ou negócios privados dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes dos poderes públicos (res privada).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 7ª edição, 2003, p.227 e 228).

¹¹¹ “O interesse público constitucionalmente referenciado como medida de vinculação da actividade administrativa encontra apoio no próprio princípio democrático republicano. Este exige

Trata-se de corrente doutrinária amplamente majoritária que precisa ser desmistificada, pois a ética no poder (a chamada “ética republicana”) não é um atributo exclusivo da república¹¹², não sendo desconhecidas várias monarquias cujos governantes são bem mais éticos do que alguns representantes republicanos (basta comparar o Reino Unido com a República de Angola, por exemplo). Sabemos que essa premissa usada pela doutrina tem um fator histórico relevante, já que as repúblicas surgiram em contraponto aos abusos constatados nas monarquias absolutistas. Porém, na atualidade, não se pode mais fazer essa associação automática, já que a conformação política das monarquias atuais muito se distancia daquela outrora existente¹¹³, bem como temos exemplos concretos de adoção desse regime com satisfatório respeito aos postulados éticos necessários para uma gestão anticorrupção.

Aliás, não custa lembrar que no campo das ideias políticas vários foram os autores, como Erasmo de Rotterdam, que, falando sobre a atuação de monarcas, recomendou o exercício ético e probo das funções públicas¹¹⁴,

que os titulares de órgãos, funcionários ou agentes da administração pública exerçam as suas competências e desempenhem as suas atribuições para a satisfação dos interesses da colectividade (‘do povo’, dos ‘cidadãos’) e não para a satisfação de interesses privados ou interesses das apócrifas máquinas burocráticas públicas” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II*. Lisboa: Coimbra Editora, 4ª edição, 2010, p.796).

¹¹² “A consagração da forma republicana de governo como limite material de revisão constitucional (artigo 288º, alínea b) e, por outro lado, uma alegada tradição republicana, permitindo descortinar um possível princípio republicano, tem levado a que se fale na existência de uma ‘ética republicana’, vinculativa da conduta dos titulares de cargos públicos, especialmente ao nível de todos aqueles que assumem natureza política (...). Sucede, porém, que, ao invés do invocado, nenhuma relação directa existe entre tais normas de cunho ético no exercício do Poder e a forma republicana de governo: a designada ‘ética republicana’ é um mito, pois tanto conhecemos formas republicanas de governo sem respeito por alguns titulares de cargos políticos de qualquer ética republicana, como sabemos da existência de formas monárquicas de governo em que os governantes têm uma componente ética no exercício das suas funções políticas (v.g., Reino Unido, Suécia).” (OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português, Volume II*. Lisboa: Almedina, 2010, p.196-197).

¹¹³ “Hoje em dia, os conceitos *monarquia* e *república* vêm perdendo a razão de ser. Com a diminuição do poder das monarquias, que estão quase por completo destituídas de qualquer prerrogativa de mandato efetivo, isso tornou-se facilmente perceptível. Nesse sentido, observou Marcelo Caetano: ‘a distinção hoje existente se prende ao modo de designação do Chefe de Estado, o que nada esclarece quanto às suas realidades essenciais, tais como: a titularidade da soberania, os órgãos e seu exercício, a limitação do poder, a situação dos governados perante os governantes, os fins visados pelos governantes’.” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso (...)*, p.509).

¹¹⁴ “O Príncipe cristão deve possuir e ser instruído nas melhores virtudes: a distinção do bem e do mal; a honestidade pessoal; a preocupação com o bem-estar do seu povo, mesmo que isso acarrete o sacrifício da sua vida ou dos seus haveres, de necessário. Erasmo exorta o Príncipe

ao contrário de Maquiavel, para quem, mais do que ser honesto, o importante para o príncipe era parecer sê-lo, já que tudo era válido no intuito de manter o poder¹¹⁵.

Assim sendo, não nos parece correta a associação automática entre o regime republicano e a necessária prática de atos éticos, já que a probidade no exercício das funções pública é algo inerente ao *múnus* estatal, independente da forma de governo adotada.

Diferente, contudo é a situação do Princípio do Estado de Direito (também presente em Brasil e Portugal), que traz consigo a inerente ideia de sujeição dos governantes e demais agentes públicos ao primado da Constituição e das leis (juridicidade)¹¹⁶, repelindo, destarte, práticas corruptas e impondo a aplicação da respectiva sanção ao infrator da lei.

Ele, sim, é o primeiro mandado constitucional anticorrupção, na medida em que garante o império da lei com a punição exemplar dos malfeitores

cristão: 'se me perguntas qual a cruz que tens de levar aos ombros, dir-te-ei: segue o Direito; não faças violência nem roubes ninguém; não te deixes corromper por nenhuma forma'. E conclui: 'se perderes o trono, lembra-te de que 'é muito melhor ser um homem justo do que um príncipe injusto.'" (DO AMARAL, Diogo Freitas. *História do Pensamento Político Ocidental*. Coimbra: Almedina, 2016, p.133).

¹¹⁵ "A um príncipe, portanto, não é necessário ter de fato todas as qualidades supracitadas, mas é bem necessário parecer tê-las. Ao contrário, ousarei dizer isto, que tendo-as e observando-as sempre, são danosas; e parecendo tê-las, são úteis; como parecer piedoso, fiel, humano, íntegro, religioso, e o ser; mas ter a disposição de ânimo para que, precisando não ser, possa e saiba mudar para o contrário. E há que entender isto que um príncipe, sobretudo um príncipe novo, não pode observar todas aquelas coisas pelas quais os homens são tidos como bons, sendo com frequência necessário para manter o estado, operar contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião." (MAQUIAVEL, NICOLAU. *O Príncipe* – Tradução e Notas Leda Beck. São Paulo: Martin Claret, 2012, p.133).

¹¹⁶ "(...) a verdade é que, num Estado assente em princípios de limitação, de legitimidade e de responsabilidade dos governantes, enquanto meros representantes do povo e administradores da sua 'vinha', nunca pode deixar de existir uma dimensão ética de exercício do Poder: é da essência de um Estado de Direito constitucionalmente conformado que o Poder não encontre apenas em normas jurídicas a sua regulação, existindo também uma dimensão ética que produza uma normatividade reguladora da conduta dos titulares dos cargos públicos, segundo o postulado de que 'nem tudo o que é lícito é honesto. Pode mesmo afirmar-se que, tal como não há Poder sem um substrato ético que justifica até a sua própria limitação jurídica, não há verdadeiro Estado Constitucional sem ética dos governantes: todo o titular de cargos públicos se encontra subordinado a uma dimensão ética de exercício das suas funções que é indisponível. E se todo o titular de cargos públicos tem sempre de também se pautar por uma normatividade ética, os titulares de cargos políticos, por maioria de razão, nunca poderiam estar isentos ou imunes a uma regulação ética da sua conduta: trata-se de uma ética que visa edificar 'o homem político correcto'." (OTERO, Paulo. *Direito Constitucional (...)*, p. 197).

públicos, o que inibe os que tencionam a agir da mesma forma e educa a sociedade em longo prazo a partir da desmistificação de que o “crime compensa”.¹¹⁷

II – Princípio da Separação dos Poderes (artigo 2º): Voltando os olhos para o Estado Moderno, costuma-se dizer, invocando-se a célebre obra do Barão de Montesquieu (“O Espírito das Leis”), que o mesmo possui “Poderes”. Sem embargo da inestimável e importante contribuição de tal teoria, especialmente na defesa da desconcentração do poder nas mãos de uma pessoa¹¹⁸ – à época o monarca-, deve-se frisar que a assertiva acima (O Estado é dividido em Poderes) não é dotada de rigor técnico, pois o poder estatal é uno e indivisível. Ocorre, porém, que tal poder é exercido de diversas formas, para diversos fins.

Por conta disto, é que o Estado possui funções¹¹⁹, que podem ser conceituadas como os deveres (atribuições) estatais para o desenvolvimento de certa atividade que lhe é inerente ou outorgada por

¹¹⁷ Trecho parcialmente extraído do nosso relatório final da disciplina de Direito Constitucional, no curso de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, em que fizemos uma análise inicial dos “mandados constitucionais anticorrupção”.

¹¹⁸ “O princípio da separação de poderes, de tanta influência sobre o moderno Estado de direito, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, que o empregou claramente como técnica de salvaguarda da liberdade, conheceu todavia precursores, já na Antiguidade, já na Idade Média e tempos modernos. Distinguiu Aristóteles a assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; Marsílio de Pádua no *Defensor Pacis* já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em *partes potentiales summi imperii*, se aproximara bastante da distinção estabelecida por Montesquieu. Em Bodin, Swift e Bolingbroke a concepção de poderes que se contrabalançam no interior do ordenamento estatal já se acha presente, mostrando qão próximo estiveram de uma teorização definida a esse respeito. Locke, menos afamado que Montesquieu, é quase tão moderno quanto este, no tocante à separação de poderes. Assinala o pensador inglês a distinção entre os três poderes – executivo, legislativo e judiciário – e reporta-se também a um quarto poder: a prerrogativa. Ao fazê-lo, seu pensamento é mais autenticamente vinculado à Constituição inglesa do que o do autor de *Do Espírito das Leis*. A prerrogativa, como poder estatal, compete ao príncipe, que terá também a atribuição de promover o bem comum onde a lei for omissa ou lacunosa.” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 26ª edição, 2019, p.146).

¹¹⁹ No mesmo sentido é o magistério de Bandeira de Mello, para quem “função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 27ª edição, 2010, p.29). Igualmente posiciona-se Marçal Justen, quando assevera que “a função consiste na atribuição a um sujeito do encargo de perseguir a satisfação de um interesse ou de um direito que ultrapassa a sua órbita própria e individual.” (FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.90).

expressa disposição legal. É claro que cada função do Estado, dada sua peculiaridade, merece um corpo orgânico próprio, que ocorre através da criação de “blocos de poder”. Exatamente por isso é que se fala em Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo.

O correto, contudo, como explicado acima, é falar-se em função jurisdicional, função legislativa e função administrativa. Os “Poderes” representam apenas a divisão orgânica (estratificação burocrática) do Estado para melhor cumprir seus misteres. É, por assim dizer, uma divisão de trabalho focada na especialização, que parte da presunção de maior eficiência.

Pois bem, dentro desse contexto, deve-se observar que cada “Poder” exerce uma função típica e principal, que corresponde ao respectivo adjetivo que lhe denomina (legislar, julgar ou executar a lei, *rectius* administrar), o que, porém, não lhe desautoriza ou impede de realizar, eventualmente, as funções típicas e principais de outros “Poderes”, denominadas de funções atípicas. Explica-se.

Começemos pelo “Poder Legislativo”, cuja função primordial é a legislatura (*jus novum*), ou seja, criação/alteração/revogação do direito positivo, através de normas gerais, abstratas e impessoais. Sem prejuízo de tal atribuição, não se pode esquecer que cabe ao Senado Federal, de acordo com o artigo 52, incisos I e II, da Constituição Federal, processar e julgar o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, o que demonstra existência da função jurisdicional atípica do Legislativo¹²⁰. Outra hipótese de exercício da atividade jurisdicional por parte do Legislativo diz respeito à possibilidade dos Tribunais de Contas declararem a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

Tal matéria está versada no Enunciado nº347, da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “O Tribunal de Contas, no exercício

¹²⁰ Importante frisar que nesta hipótese não pode haver revisão do mérito da decisão do Senado Federal por parte de qualquer órgão do Judiciário – inclusive o STF –, só cabendo-lhe analisar eventuais máculas processuais, que, acaso procedentes, darão ensejo, no máximo, à nova sessão de julgamento, mas, jamais, repita-se, à qualquer modificação quanto ao conteúdo da decisão.

de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”¹²¹

Pois bem, continuando as funções atípicas do “Poder Legislativo”, deve-se fazer referência aos artigos 51, inciso IV e 52, inciso XIII, da Constituição Federal, que outorgam às Casas Legislativas Federais (Câmara dos Deputados e Senado Federal) a atribuição de disporem sobre suas organizações, funcionamento, polícia, criação, transformação e extinção dos cargos etc, o que caracteriza nítida função atípica administrativa.

O “Poder Judiciário”, por seu turno, além de exercer a função jurisdicional (judicante), que significa declarar o direito em última instância, também exerce a função atípica legislativa ao elaborar os regimentos internos de seus Tribunais, como autoriza o artigo 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal. Outras duas hipóteses que merecem referência à função atípica legiferante por parte do Judiciário são a sentença normativa (artigo 114, §2º, da CF/88) e o mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI, da CF/88)¹²². Por fim, tal “Poder” também exerce a função atípica administrativa quando organiza suas secretarias e serviços auxiliares; concede licença ou férias a seus servidores (artigo 96, inciso I, da Constituição Federal). Importante, contudo, lembrar que todas as decisões administrativas dos tribunais serão necessariamente motivadas, sendo necessário para as de caráter disciplinar voto da maioria absoluta, conforme determina o artigo 93, inciso X, da CF/88).

Por fim, tratemos do “Poder Executivo”, que exerce precipuamente a função administrativa. Sua função legislativa atípica resta caracterizada na edição de medidas provisórias, na elaboração de leis delegadas, bem como expedição

¹²¹ É bem verdade que, recentemente, o mesmo Supremo Tribunal Federal (STF), em decisões monocráticas, vem afirmando a insubsistência de tal entendimento sumulado diante da nova ordem constitucional, o que nos parece correto. Vejamos alguns precedentes: MS 29.123 MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09/09/2010 e MS 26.410-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 02.03.2007;

¹²² É de suma importância que o candidato tenha conhecimento do atual entendimento do STF no sentido de que a omissão deliberada do Poder Legislativo não pode inviabilizar o exercício de direitos constitucionais ainda não regulamentados pelo Parlamento. Assim, diante de tal contexto, o STF já decidiu que o Poder Judiciário pode – e deve- legislar no caso concreto, cuja manutenção fica condicionada à edição do ato legislativo pelo Parlamento (teoria da resolutividade). Confirmam-se os Mandados de Injunção 721-7; 785-6/DF; 788-8/DF; 795-1/DF 1083/DF.

de decretos executivos autônomos (artigos 62, 68 e 84, inciso VI, alínea “a”, respectivamente, da Constituição Federal). No tocante à função jurisdicional, deve-se destacar que ao “Poder Judiciário” não foi outorgada tal possibilidade, haja vista que de suas decisões sempre caberá pretensão judicial, tudo em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Pois bem, dito isto, deve-se ter em mente que os “Poderes” são independentes e harmônicos entre si, conforme proclama o artigo 2º, da Constituição Federal. Ocorre, porém, que tais atributos não são absolutos, de modo que cada “Poder” fiscaliza o outro, exatamente com vistas a evitar o abuso do poder. Tal sistema de mútua sindicância é conhecido como teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*). Assim, por exemplo, é que o Congresso Nacional pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (artigo 49, inciso V, da CF/88), bem como realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de diversas entidades, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, conforme expressamente prevê o artigo 70, da Constituição Federal. Outra hipótese é o caso da declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário de lei ou ato normativo oriundo do Legislativo. Por fim, citemos a possibilidade do Supremo Tribunal Federal julgar originariamente as ações contra o Conselho Nacional do Ministério Público e Conselho Nacional de Justiça (artigo 102, inciso I, alínea “r”).

Sem embargo da capitulação expressa por parte da Constituição Federal (artigo 2º) acerca da existência de três “Poderes”, que, na verdade, são funções do Estado, deve-se frisar que a administração, a legislatura e a judicatura não são as únicas funções estatais.

Além das acima especificadas, a doutrina moderna refere-se a, pelo menos, duas outras funções estatais, quais sejam: política e de controle.

A função política ou de governo consubstancia-se no exercício de atividades relacionadas à soberania estatal, bem como aos assuntos referentes à política em geral. Trata-se de função eminentemente abstrata, que se apresenta “*quando estão em pauta atos de superior gestão estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo,*

*decisões eminentemente políticas*¹²³. Tal característica (abstração) é que a diferencia da função administrativa.

Como exemplos, podemos citar a manutenção de relações diplomáticas com outros Estados, a celebração de tratados internacionais pelo Presidente da República (artigo 84, inciso VIII, CF/88, a sanção e o veto jurídico aos projetos de lei aprovados pelas Casas Legislativas (artigo 84, inciso IV, CF/88), a convocação de plebiscito e autorização referendo (artigo 49, inciso XV, CF/88), a decretação e aprovação do estado de sítio e de defesa (artigos 84, inciso IX c/c artigo 49, inciso IV, ambos da CF/88), bem como a concessão de indulto presidencial aos condenados por crimes¹²⁴.

¹²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito (...), p.37.

¹²⁴ Nesse ponto, é de se lamentar recente decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal (STF) nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº5478/DF, dada pela maioria dos seus integrantes – inclusive com mudança de voto por parte do atual Presidente (Min. Dias Toffoli) - , no sentido de revogar liminar anteriormente concedida e estabelecer que o indulto do Presidente da República não possui limitações jurídicas além das condicionantes trazidas expressamente pela Constituição Federal, de modo a permitir que o Chefe do Executivo possa “por na rua” condenados por crimes de corrupção. No sítio eletrônico da Corte Constitucional, consta a seguinte notícia, que reproduzimos ante a falta de publicação do acórdão até a data de fechamento do presente trabalho: “ Por 7 votos a 4, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, na sessão desta quinta-feira (9), a constitucionalidade do decreto de indulto natalino de 2017, assinado pelo então presidente da República Michel Temer, e o direito de o chefe do Poder Executivo Federal, dentro das hipóteses legais, editar decreto concedendo o benefício. A decisão foi tomada no julgamento do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5874, ajuizada pela procuradora-geral da República, Raquel Dodge. O Decreto 9.246/2017 começou a ser analisado pelo Plenário em novembro de 2018, quando o relator, ministro Roberto Barroso, votou pela procedência parcial da ação. Ele se pronunciou no sentido de excluir do âmbito de incidência do indulto natalino os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações e os crimes de lavagem de dinheiro. O ministro também entendeu ser inconstitucional o dispositivo que estende o perdão à pena de multa, por clara ausência de finalidade constitucional, salvo em casos em que ficar demonstrada a extrema insuficiência de recursos do condenado. O relator foi acompanhado pelo ministro Edson Fachin. Na ocasião, a divergência – que acabou vencedora no julgamento – foi inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes, que votou pela improcedência da ADI e lembrou que o indulto é uma tradição no Brasil. Segundo ele, a concessão de indulto, prevista no artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, é ato privativo do presidente da República e não fere o princípio da separação de Poderes. O ministro explicou que existem limites à discricionariedade do chefe do Poder Executivo. O presidente não pode, por exemplo, assinar ato de clemência em favor de extraditando, por exemplo, uma vez que o objeto do instituto alcança apenas delitos sob a competência jurisdicional do Estado brasileiro, ou conceder indulto no caso de crimes hediondos, como tortura, terrorismo e tráfico de entorpecentes. Segundo o ministro Alexandre, se o presidente da República editou o decreto dentro das hipóteses legais e legítimas, mesmo que não se concorde com ele, não se pode adentrar o mérito dessa concessão. “O ato está vinculado aos ditames constitucionais, mas não pode o subjetivismo do chefe do Poder Executivo ser trocado pelo subjetivismo do Poder Judiciário”, ressaltou. Acompanharam a divergência, naquela sessão, a ministra Rosa Weber e os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Celso de Mello. O julgamento havia sido suspenso por pedido de vista do ministro Luiz Fux, que apresentou seu voto na sessão desta quinta-feira (9) no sentido da procedência parcial da ação,

É importante consignar que a função política não possui o mesmo regime jurídico da função administrativa, o que, porém, não significa dizer que ela (a função política) esteja imune ao controle do Poder Judiciário, pois em um Estado Democrático de Direito não existe poder absoluto.

Outra função moderna do Estado diz respeito à atividade de controle, que é exercida por órgãos internos e externos ou instituições estatais, com vistas a fiscalização – e eventual correção - do correto cumprimento das demais funções (“poderes”) pelo Estado¹²⁵.

acompanhando o relator, por entender que cabe ao Judiciário adaptar a sanção ao caso concreto, de forma que ela não seja excessiva ou insuficiente. Segundo seu entendimento, a redução indiscriminada e arbitrária da pena por obra de decreto concessivo de caráter geral é atentatória ao princípio democrático e da separação de Poderes, por usurpar o poder do Judiciário de definir a reprimenda penal. Na sequência, votaram a ministra Cármen Lúcia, acompanhando o relator, e o presidente, ministro Dias Toffoli, que se alinhou à corrente majoritária.” Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410684> e acessado em 04/06/2019, às 15:28 horas.

¹²⁵ “O exercício da função administrativa exige, dentre outras obrigações, o respeito aos princípios e regras constitucionais atinentes ao assunto, bem como o dispêndio do patrimônio público sempre em prol do interesse público. Para garantir que isso ocorra e da maneira mais efetiva, a Constituição Federal estabeleceu um sistema de controle da atividade administrativa multifacetário, que começa na estrutura interna de cada entidade, passando pela atividade fiscalizatória dos outros Poderes (caso do Legislativo e do Judiciário) e da Instituições criadas para esse fim (como os Tribunais de Contas e o Ministério Público), bem como pela atividade de fiscalização popular, que se dá com o direito de petição, acesso à informações pública e o ajuizamento de ação popular. O controle é uma obrigação decorrente do princípio da legalidade (na vertente da autotutela), contando como princípio fundamental expresso da Administração Pública, como se vê no artigo 13, do Decreto-Lei nº200/1967: Art. 13 O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente: a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado; b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares; c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria. A atividade de controle é classificada, para fins didáticos, da seguinte forma: controle interno e controle externo. O primeiro é aquele realizado por órgãos integrantes da própria estrutura que vai ser fiscalizada ou acompanhada, como ocorre com as controladorias. No âmbito do Ministério Público, é bom lembrar que o CNMP é órgão de controle interno, embora composto por membros externos. A previsão do controle interno está prevista no *caput* do artigo 70 e no artigo 74, ambos da Constituição Federal: Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos

Como exemplo, temos o Ministério Público (artigo 127, da CF/88), que é Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e indisponíveis, que possui típicas atribuições de controle, como a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo medidas necessárias a sua garantia (artigo 129, inciso II, da CF/88).

Outros órgãos titulares da função de controle são os Tribunais de Contas, que foram objeto de minuciosa regulamentação constitucional exatamente pela relevância de suas atribuições¹²⁶. Nesse tocante, cabe referenciar que

direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. Já o controle externo é aquele em que a atividade fiscalizatória ocorre mediante atos de outro Poder ou quando a Administração Direta fiscaliza a Indireta. O pressuposto, como se vê, é se tratar de órgão ou instituição que não faz parte de quem está sendo controlado. A Constituição Federal traz alguns exemplos, sendo os mais elucidativos os referentes ao Tribunal de Contas e ao controle do Poder Legislativo (artigo 49, V e IX, da CF/88). Observe-se que o controle de legalidade realizado pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos é modalidade de controle externo.” (PINHEIRO, Igor Pereira. *Revisão Final: MPSC*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.1365-1366).

¹²⁶ Na Constituição Federal de 1988, podemos citar os seguintes dispositivos que regulam as Cortes de Contas: Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. § 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver. § 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal. § 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei. § 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a

“os Tribunais de Contas são órgãos autônomos (não integram qualquer dos Poderes, apesar de auxiliar o Legislativo) que têm a missão constitucional de julgar contas de todos aqueles que sejam responsáveis por dinheiros, valores e bens públicos, sem embargo da função de emitir parecer no julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo, cujo julgamento cabe sempre ao Poder Legislativo¹²⁷.”

aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades. Art. 72. A Comissão mista permanente a que se refere o art. 166, §1º, diante de indícios de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar à autoridade governamental responsável que, no prazo de cinco dias, preste os esclarecimentos necessários. § 1º Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a Comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias. § 2º Entendendo o Tribunal irregular a despesa, a Comissão, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação. Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96. § 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos: I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; II - idoneidade moral e reputação ilibada; III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior. § 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; II - dois terços pelo Congresso Nacional. § 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. § 4º O auditor, quando em substituição a um Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal. Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

¹²⁷ Trata-se de entendimento sedimentado no STF, em sede de repercussão geral (RE 848826/DF): “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski

Além disso, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanção que resulta, primariamente, da própria Constituição da República.”¹²⁸

Igualmente digno de nota é a observação de que o rol de poderes conferidos às Cortes de Contas não é taxativo, sendo que a Lei Orgânica do TCU fixou (e o STF julgou constitucional - MS 33092/DF) a possibilidade de concessão de medidas cautelares, tais como: afastamento de agente público do cargo (artigo 273), decretação de indisponibilidade dos bens dos responsáveis (artigo 274) e a suspensão de ato administrativo ou procedimento, até que o Tribunal decida sobre o mérito.

Pois bem, do exposto, percebe-se claramente que a separação dos poderes clássica tripartida, evoluindo para a autonomização da função de controle é pressuposto necessário para um Estado minimamente comprometido com a prevenção e repressão à corrupção.

III – Princípio da Igualdade (artigo 5º, *caput* c/c inciso I), que expraia para todo o ordenamento jurídico a sua premissa básica de tratamento isonômico entre todos, de modo a censurar e punir os comportamentos dolosos dos administradores públicos quem agem com manifesto intuito de tratar pessoas em iguais condições de maneira distinta por conta de opções

(Presidente), que redigirá o acórdão, fixou tese nos seguintes termos: “Para os fins do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores”, vencidos os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber. Ausentes, justificadamente, os Ministros Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Plenário, 17.08.2016.” Outro julgado importante diz respeito ao RE nº729744/MG, também sob o regime de repercussão geral, que fixou a seguinte tese: “O parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo, exclusivamente, à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do Chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo.”

¹²⁸ STF, ADI 4190-MC.

políticas ou de laços de amizade, compadrio ou, ao revés, por antipatia ou inimizade. É a base do conhecido instituto do desvio de finalidade, caracterizado como ato de improbidade administrativa (artigo 11, *caput c/c* I, da Lei nº 8.429/92)¹²⁹.

Outro exemplo característico da importância desse princípio constitucional está no instituto das condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral (artigos 73 a 78 da Lei das Eleições), que tem como objetivo manter a igualdade de oportunidade nos pleitos eleitorais¹³⁰.

IV – Princípio da Reserva Legal (artigo 5º, II), segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei. Esse postulado traz a segurança jurídica necessária para o cidadão contra o arbítrio dos governantes de plantão, ao exigir que apenas a lei será o instrumento jurídico legítimo para tipificar os atos de corrupção em suas mais variadas modalidades.

V – Liberdade de Manifestação (artigo 5º, IV);

¹²⁹ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência.

¹³⁰ Nesse sentido, colacionamos a ementa de decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal (STF), que tratou da proibição de participação dos agentes públicos candidatos em inauguração de obras públicas (vide artigo 77, da Lei nº 9.504/97), in verbis: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 77 da Lei federal 9.504/1997. Proibição imposta aos candidatos a cargos do Poder Executivo referente à participação em inauguração de obras públicas nos três meses que precedem o pleito eletivo. Sujeição do infrator à cassação do registro da candidatura. Princípio da igualdade. Art. 5º, caput e inciso I da CB. Violação do disposto no art. 14, §9º, da CB. Inocorrência. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Precedentes. O preceito inscrito no art. 77 da Lei federal 9.504 visa a coibir abusos, conferindo igualdade de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no art. 14, §9º, da CB. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia improcede. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio (ADI 3.305, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13.9.2006, Plenário, DJ de 24.11.2006). Seguindo a mesma diretriz hermenêutica, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já asseverou que “o art. 73 da Lei nº 9.504/1997 tutela a igualdade na disputa entre os candidatos participantes do pleito com o fim de manter a higidez do processo eleitoral” (Recurso Especial Eleitoral nº 185644, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 34, Data 16.02.2017, Página 52).

VI – Liberdade de Expressão (artigo 5º, IX): A existência de plena liberdade de manifestação e expressão representa garantia fundamental para a prevenção e repressão à corrupção, pois ela permite que qualquer um, ainda mais em tempos de comunicação em massa pelas redes sociais, possa trazer à lume condutas suspeitas¹³¹.

VII – Garantia do Sigilo da Fonte (artigo 5º, XIV): A atividade investigativa dos jornalistas sempre foi um efetivo mecanismo de descoberta dos atos de corrupção, sendo que muitas vezes os denunciantes exigem o anonimato e o sigilo de sua identificação para repassarem a informação. Assim, a preservação do sigilo da fonte é fundamental nesse aspecto.

Ocorre que, como qualquer garantia fundamental, tal não possui caráter absoluto e, ainda que o jornalista/repórter possa se escusar de indicar a fonte, não estará o mesmo isento de responsabilidade cível e penal¹³² no caso de divulgar informações obtidas por meios criminosos, como parece ter sido o recente caso de “invasão” por um hacker aos celulares dos Procuradores da Força-Tarefa da “Operação Lava-Jato”, que demonstram diálogos entre o atual Ministro da Justiça, Dr. Sérgio Moro, e os membros do Ministério Público, que merecem reflexão sobre a possível violação ao dever de imparcialidade e isenção impostos pelo sistema acusatório aos magistrados.¹³³

¹³¹ Um exemplo bem caricato da importância dessas garantias diz respeito à recente polêmica envolvendo licitação do Supremo Tribunal Federal (STF) envolvendo a compra de lagostas, vinhos premiados e outras comidas refinadas, em valor estimado acima de R\$1.000.000,00 (Um milhão de reais), que surgiu por meio de denúncia feita nas redes sociais. Maiores detalhes, consultar: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/06/juiza-do-df-suspende-licitacao-do-supremo-que-preve-compra-de-vinhos-e-lagosta.ghtml>.

¹³² Vide artigo 154-A, do Código Penal: Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se a invasão resulta prejuízo econômico. § 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. § 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

¹³³ Para maiores detalhes, consultar <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan->

VIII – Liberdade de Locomoção (artigo 5º, XVI);

IX – Liberdade de Associação (artigo 5º, XVII);

X – Acesso à Informação dos Órgãos Públicos (artigo 5º, XXXIII): A transparência como decorrência da publicidade é uma poderosa ferramenta anticorrupção, na medida em que o segredo é uma característica inerente aos atos corruptos. Nada mais consentâneo com o dever de prestar contas dos agentes públicos e o direito do cidadão em ter acesso ao que ocorre no Poder Público do que o direito de acesso à informação.

XI – Direito de Petição (artigo 5º, XXXIV): Ferramenta de inquestionável valia contra a corrupção, em especial no caso de vítimas de abusos ou perseguições pela Administração Pública, na medida em que permite o acesso aos dados que digam respeito à sua situação pessoal e que possam servir como prova da ilegalidade da qual se pretende defender ou requerer anulação.

XII – Inafastabilidade da Jurisdição (artigo 5º, XXXV): O Poder Judiciário dever ser o último reduto de defesa do cidadão na defesa de seus direitos lesados ou ameaçados em virtude de atos de corrupção. Além disso, cabe somente a ele, por meio do processo judicial célere, mas com as garantias civilizatórias do contraditório, ampla defesa, juiz natural, proibição de provas ilícitas e sempre atento à presunção de inocência em caso de dúvida, aplicar as sanções elencadas pelos diversos diplomas legais anticorrupção, em especial no tocante às penas criminais.

XIII – Juiz/Promotor Natural e Proibição de Tribunais de Exceção (artigo 5º, XXXVII c/c LIII);

XIV – Devido Processo Legal (artigo 5º, LIV);

XV – Contraditório e Ampla Defesa (artigo 5º, LV);

XVI – Proibição de Provas Ilícitas (artigo 5º, LVI);

XVII – Presunção de Inocência (artigo 5º, LVII);

XVIII – Ação Penal Popular ou Ação Penal Privada Subsidiária da Pública (artigo 5º, LIX): Sobre esse direito fundamental, faz-se necessário consignar, ainda que contra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

(STF)¹³⁴, que o seu exercício, no caso dos crimes de corrupção praticados contra bens, interesses, direitos ou valores pertencentes à Administração Pública, decorre da condição de vítima de todos os administrados nesses delitos, uma vez que a propriedade de tais bens jurídicos pertence-lhes muito mais do que só ao Estado enquanto pessoa jurídica, igualmente titular de direitos. Refutamos a tese de que a corrupção é um crime sem vítima, ou sempre com vitimização difusa. Ao contrário, as vítimas dos atos de corrupção somos todos nós cidadãos, que, muitas vezes, sofremos ou assistimos nossos concidadãos sofrerem com a falta do mínimo existencial garantido pela Constituição federal¹³⁵, motivo pelo qual todos têm legitimidade e interesse no ajuizamento dessa ação penal subsidiária. Trata-se, por assim dizer, de aplicar a sábia orientação do jurisconsulto Paulo de

¹³⁴ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. REJEIÇÃO LIMINAR DE AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA. ILEGITIMIDADE DA PARTE. INÉPCIA DA INICIAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. A legitimidade para o ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública pertence a quem sofra, diretamente, as consequências do delito, e não à toda coletividade. 2. A condição de cidadão não confere um direito difuso ao ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública. 4. Ainda que assim não fosse, não há prova de que o Ministério Público, podendo agir, não o fez por desídia. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (Pet 6071 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 13/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 29-03-2017 PUBLIC 30-03-2017).

¹³⁵ “O último título da Parte Especial do Código Penal diz respeito aos *crimes contra a Administração Pública*. Nele são catalogadas algumas das infrações penais mais nefastas e devastadoras, uma vez que, geralmente, mesmo atingindo diretamente a Administração Pública, indiretamente, causam dano a um número indeterminado de pessoas, a exemplo do que ocorre com o delito de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal. Na maioria das vezes, a sociedade não tem ideia dos estragos causados quando um funcionário corrupto lesa o erário. Imagine-se, tão somente para efeitos de raciocínio, os danos causados por um superfaturamento de uma obra pública. O dinheiro gasto desnecessariamente na obra impede que outros recursos sejam empregados em setores vitais da sociedade, como ocorre com a saúde fazendo com que pessoas morram na fila de hospitais por falta de atendimento, número adequado de profissionais, ou mesmo que, uma vez atendidas, essas pessoas não possam ser tratadas, já que faltam os necessários medicamentos nas suas prateleiras. Sem querer ir muito longe, perdemos a conta de quantas vezes já ouvimos, pela imprensa, que a merenda escolar não estava sendo oferecida na rede pública de ensino por falta de verbas. Assim, só por amostragem, percebe-se que muitas infrações praticadas contra a Administração Pública são infinitamente mais graves do que até mesmo aquelas elencadas no Título I do Código Penal, que trata dos crimes contra a pessoa. Se quiser exagerar, mas fazendo uma radiografia dos efeitos gerados por determinados crimes praticados contra a Administração Pública, podemos afirmar que o homicida pode causar a morte de uma ou mesmo de algumas pessoas, enquanto o autor de determinados crimes contra a Administração Pública, a exemplo do que ocorre com o crime de corrupção, é um verdadeiro ‘exterminador’, uma vez que, com o seu comportamento, pode produzir a morte de centenas de pessoas, pois não permite ao Estado cumprir com as funções sociais que lhe são constitucionalmente atribuídas.” (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, Volume 3. Rio de Janeiro: Impetus, 15ª edição, 2018, p.709).

que importa à República que muitos defendam a sua causa (*“Reipublicae interst quam plurimus ad defendam suam causam”*).¹³⁶

Nesse tocante, cumpre destacar que algumas leis anticorrupção já trazem expressamente essa previsão, como ocorre com a Lei de Abuso de Autoridade (Lei Federal nº4.898/1965¹³⁷), com a Lei de Contratos e Licitações Públicas (Lei Federal nº8.666/1993¹³⁸), bem como no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei Federal nº8.078/1990)¹³⁹. Em outros casos, a legislação é mais tímida (até porque anterior a atual Constituição Federal), mas permite a formulação de requerimento de medidas cautelares penais voltadas a fazer cessar o uso da estrutura pública com finalidade eleitoral¹⁴⁰, muito embora a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já esteja consolidada no sentido de permitir a ação penal privada subsidiária da pública nessa seara jurídica¹⁴¹.

¹³⁶ “Ora, como o grau de enervação e de corrupção nunca chega a todas as classes em sua totalidade, e sempre há cidadãos conscientes de sua missão cívica, que têm um claro sentido de legalidade, que sempre defenderam o interesse geral, em todas as suas atividades e esferas de sua vida, ou tem vocação por esse interesse, torna-se evidente que dotar tais cidadãos de um meio ‘legal’ capaz de conter ou de reduzir esse discricionarismo é algo inerente à própria forma de governo democrático e exemplar maneira de preservar as instituições e tornar impossível ou difícil que sejam entronizados a arbitrariedade, o desperdício do erário, a destruição do patrimônio do Estado.”(BIELSA, Marcelo. A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração”, in RF n.157/46).

¹³⁷ Art. 16. Se o órgão do Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo fixado nesta lei, será admitida ação privada. O órgão do Ministério Público poderá, porém, aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva e intervir em todos os termos do processo, interpor recursos e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

¹³⁸ Art. 103. Será admitida ação penal privada subsidiária da pública, se esta não for ajuizada no prazo legal, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 29 e 30 do Código de Processo Penal.

¹³⁹ Art. 80. No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.

¹⁴⁰ É o caso do parágrafo único do artigo 377, do Código Eleitoral, *in verbis*: Art. 377. O serviço de qualquer repartição, federal, estadual, municipal, autarquia, fundação do Estado, sociedade de economia mista, entidade mantida ou subvencionada pelo poder público, ou que realiza contrato com este, inclusive o respectivo prédio e suas dependências não poderá ser utilizado para beneficiar partido ou organização de caráter político. Parágrafo único. O disposto neste artigo será tornado efetivo, a qualquer tempo, pelo órgão competente da Justiça Eleitoral, conforme o âmbito nacional, regional ou municipal do órgão infrator mediante representação fundamentada partidário, ou de qualquer eleitor.

¹⁴¹ “2. Na medida em que a própria Carta Magna não estabeleceu nenhuma restrição quanto à aplicação da ação penal privada subsidiária, nos processos relativos aos delitos previstos na

Trata-se de direito pouco utilizado na prática e pouco debatido na doutrina para as hipóteses de lesão aos direitos difusos (dentre os quais a probidade administrativa está inserida¹⁴²), salvo raras exceções, com as quais concordamos no aspecto da admissibilidade¹⁴³.

XIX – Habeas Corpus (artigo 5º, LXVIII): Sendo a ferramenta secular de garantia da liberdade dos cidadãos, essa ação constitucional é uma inquestionável ferramenta constitucional anticorrupção, em especial no caso das prisões arbitrárias cometidas por agentes policiais.

XX – Mandado de Segurança Individual e Coletivo (artigo 5º, LXIX c/c LXX): Um dos pressupostos constitucionais para a impetração do mandado de segurança é a ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, de modo que o seu exercício é uma garantia do lesado contra atos de corrupção.

legislação especial, deve ser ela admitida nas ações em que se apuram crimes eleitorais. 3. A queixa-crime em ação penal privada subsidiária somente pode ser aceita caso o representante do Ministério Público não tenha oferecido denúncia, requerido diligências ou solicitado o arquivamento de inquérito policial, no prazo legal.” (TSE, RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 21295, Acórdão nº 21295 de 14/08/2003, Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 17/10/2003, Página 131 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 4, Página 227).

¹⁴² Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ): “1 A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso. 2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão. 3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas contra legem, sua exegese e sanções correspondentes. 4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia erga omnes da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de novos demandas.” (REsp 1085218/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 06/11/2009).

¹⁴³ “ De fato, todos os delitos submetidos à ação penal pública podem ser objeto de ação penal privada subsidiária, caso ocorra desídia por parte do órgão acusador estatal, pois naturalmente o Estado, no exercício da potestade de castigar, almejando a proteção dos bens jurídicos (individuais ou sociais), pode optar pela tipificação de comportamentos nos quais não se apresentem vítimas determináveis, muito particularmente quando se tratar de proteger bens jurídicos sociais ou estatais.” (JÚNIOR, Ney Fayet; VARELA, Amanda Gualtieri. *A Ação (Penal) Privada Subsidiária da Pública – das vantagens ou desvantagens da participação do ofendido na atividade jurídico-penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 4ª edição, 2017, p.158).

XXII – Ação Popular (artigo 5º, LXXIII): De longa história no direito brasileiro, essa ação representa a possibilidade de qualquer cidadão questionar judicialmente os atos lesivos à moralidade administrativa ou ao patrimônio público (de maneira alternativa e não mais cumulativa, como exigia-se antigamente)¹⁴⁴, sendo, destarte, a elevação da cidadania ao seu patamar máximo e também uma ferramenta de caráter eminentemente democrático¹⁴⁵. Possui maior relevância ainda pelo fato da sua regulamentação legal (Lei Federal nº4.717/65) ser utilizada de maneira complementar às demais leis anticorrupção no aspecto processual (princípio da integração, que será visto mais à frente).

XXII – Duração Razoável do Processo (artigo 5º, LXXVIII): Princípio constitucional positivado no Texto Supremo após a Emenda nº45/2004, o mesmo tem a ver com a ideia de que justiça tardia é a mesma coisa que injustiça. O Brasil é cheio de exemplos caricatos de como a demora na prestação jurisdicional pode ser um estímulo à corrupção, permitindo a perpetuação no poder de quem nunca deveria ter tido nova chance de gerir a coisa pública. A demora, aliás, legitima os famosos jargões do “rouba, mas faz”, ou “no Brasil, o crime compensa”.

Tendo em conta essa perspectiva histórica de processos lentos e inacabáveis por conta dos mais variados recursos protelatórios possíveis, cabe referir aqui a polêmica - e ainda majoritária - orientação jurisprudencial

¹⁴⁴ Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), firmado em sede de repercussão geral: EMENTA Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa. Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que é condição da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida. 1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A decisão objurgada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico. 3. Agravo e recurso extraordinário providos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência. (ARE 824781 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 08-10-2015 PUBLIC 09-10-2015).

¹⁴⁵ “A lei da ação popular (LAP) certamente é o instrumento mais democrático que possui o cidadão brasileiro para fins de acesso ao judiciário. Por meio do presente diploma, pode-se questionar atos governamentais em tese lesivos ao patrimônio público, sem a necessidade de advogado, com menos burocracia do que o processo civil em geral.” (ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Interesses e Direitos Difusos e Coletivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.135).

do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade decretada após decreto condenatório do 2º grau da jurisdição criminal¹⁴⁶, o que foi estendido posteriormente para os casos de penas restritivas de direito¹⁴⁷.

Essa recente posição da Corte tem feito com que os Tribunais de Justiça dos Estados ou os Tribunais Regionais Federais expeçam até mesmo súmulas autorizando de maneira automatizada o cumprimento após o esgotamento do 2º grau de jurisdição criminal, o que, inclusive, aconteceu no caso do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva e que é objeto de questionamento em Habeas Corpus Coletivo afetado ao Plenário da Corte, para que o mesmo possa decidir se é ou não o caso de cumprimento automático ou uma possibilidade apenas, a ser agregada aos demais elementos justificadores da prisão¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

¹⁴⁷ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES (ARE 964.246-RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, TEMA 925). 1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao apreciar o ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, reconheceu a Repercussão Geral da matéria e entendeu pela possibilidade de execução da decisão penal condenatória proferida em 2ª Instância, ainda que sujeita a eventual interposição de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, sem que fosse possível cogitar de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. 2. Esta CORTE não restringiu o alcance da decisão apenas aos condenados às penas privativas de liberdade não substituídas, mas sim possibilitou que todos os condenados, indistintamente, sejam aqueles condenados a penas privativas de liberdade ou a penas restritivas de direitos, passassem a cumprir a pena após o julgamento da 2ª Instância. 3. Agravo Interno a que se nega provimento. (RE 1200873 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 24/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 31-05-2019 PUBLIC 03-06-2019).

¹⁴⁸ Do sítio oficial da Suprema Corte, extraí-se a presente notícia: “Por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu remeter ao Plenário da Corte o julgamento do agravo regimental apresentado no Habeas Corpus (HC) 156583, impetrado em favor de réus que foram presos em razão da aplicação da Súmula 122 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4). O verbete estabelece que, “encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente de recurso especial ou extraordinário”. O HC pede que sejam tornadas sem efeito as execuções provisórias determinadas pelo TRF-4 apenas com base na redação da Súmula 122, sem qualquer outra motivação juridicamente válida. O habeas corpus teve seguimento negado pelo relator originário, ministro Dias Toffoli, em maio de 2018. O julgamento do agravo contra a decisão monocrática teve início em ambiente virtual, mas foi deslocado para o julgamento presencial após pedido de

Para além dessa questão, deve-se registrar que, do ponto de vista objetivo, há previsão na legislação eleitoral do que seria a duração razoável do processo nos casos que tratem de cassação de registro ou do diploma por ilícitos praticados em atos preparatórios às eleições ou durante a campanha eleitoral, qual seja, um ano para julgamento em todas as instâncias dos processos dessa natureza. É o que consta no artigo 97-A, da Lei nº 9.504/1997¹⁴⁹.

Nos demais processos anticorrupção, não há qualquer mensuração temporal legislativa nesse sentido, tampouco uma cultura judicial de prioridade aos feitos desse jaez, o que contribui bastante para a ocorrência da prescrição, dissipação de bens e a consequente sensação de impunidade. É bem verdade que os órgãos de cúpula já lançaram diversas

vista do ministro Ricardo Lewandowski. Atualmente, a relatoria é da ministra Cármen Lúcia, que já havia votado virtualmente pelo desprovemento do agravo regimental, seguida pelo ministro Edson Fachin. Na sessão desta terça-feira (11), o ministro Lewandowski apresentou seu voto-vista pelo provimento do agravo regimental e pela concessão do habeas corpus, por entender que a Súmula 122 do TRF-4 tornou automática a prisão do condenado em segunda instância, ao passo em que os precedentes do STF apenas autorizam tal medida, sem torná-la obrigatória. Para o ministro, o TRF-4 excedeu “de modo flagrante” os limites e os sentidos das decisões prolatadas no HC 126292 e no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 967246, que teriam motivado essa “extravagante conclusão”. Segundo o ministro, ao reconhecer que a execução antecipada da pena é tão somente uma possibilidade, o STF deixou claro que ela não é automática e deve ser necessariamente motivada. No seu entendimento, se for imprescindível, a prisão só pode ser decretada com base nos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP) porque, antes do trânsito em julgado, ela nunca deixará de apresentar a natureza de prisão cautelar. “Com edição da Súmula 122, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob a equivocada premissa de dar cumprimento a precedentes do STF, perfilhou uma interpretação radicalmente contrária à histórica jurisprudência garantista nela prevalente, implementando, de forma temerária e francamente injurídica, a hipótese de prisão automática, ou seja, desprovida de adequada fundamentação – medida própria dos regimes ditatoriais –, o que representa inaceitável retrocesso institucional”, disse Lewandowski. O ministro reiterou que a tese fixada pelo Plenário do STF no julgamento dos citados precedentes não obrigou nem autorizou os órgãos do Judiciário a executarem automaticamente condenações a partir de decisões prolatadas em segundo grau de jurisdição e não dispensou os tribunais de motivarem suas decisões. Ao concluir, o ministro votou pelo reconhecimento da inconstitucionalidade e da ilegalidade da Súmula 122 do TRF-4, em consequência, decretar a nulidade de todas as prisões impostas com base unicamente no verbete, sem motivação individualizada, concreta e específica. Após seu voto, o colegiado considerou que, em observância ao princípio da reserva de plenário, caberia ao Pleno do STF julgar a questão e decidiu remeter o processo à deliberação do Plenário. Ainda não há data para este julgamento.” Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413742>.

¹⁴⁹ Art. 97-A. Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) §1º A duração do processo de que trata o caput abrange a tramitação em todas as instâncias da Justiça Eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) § 2º Vencido o prazo de que trata o caput, será aplicável o disposto no art. 97, sem prejuízo de representação ao Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009).

metas de julgamento levando em conta a data de protocolo das ações¹⁵⁰, mas tais medidas, na prática, têm resultado mais em uma preocupação estatística dos juízes para não responderem a processos disciplinares pelo seu descumprimento do que um julgamento de mérito comedido, muito prejudicado também pela inegável falta de estrutura de trabalho e de pessoal que assola, principalmente, a Justiça dos Estados. Para quem não é do Brasil, a 13ª Vara de Curitiba, responsável pela “Operação Lava-Jato” é uma exceção, a começar pela coragem, dedicação e destemor do seu antigo magistrado, Dr. Sérgio Moro, a quem rendemos nossos mais respeitosos elogios!

O mesmo deve ser dito para o Ministério Público. Apesar de ser Instituição vocacionada para o combate à corrupção, não se vê à nível nacional um planejamento estratégico de verdade (não só no papel) para esse fim, com estabelecimento de cronogramas e metas bem definidas. A bem da verdade, a bandeira anticorrupção serve mais de palanque para alguns alcançarem o cargo de Procurador-Geral de cada ramo ministerial e, após, fazerem vista grossa ou alinharem-se ao governante de plantão. Não á toa, há o jocoso apelido no meio forense de “engavetador-geral da república” a um ex-chefe do Ministério Público da União. Em nível estadual, a coisa pode ser mais feia ainda (vide o caso do Ex-Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, preso por suposto envolvimento em esquema de propinas com o Ex-Governador Sérgio Cabral, também preso, que financiaria as suas campanhas e lhe dava uma “mesada” em troca de vista grossa).¹⁵¹

Nessa perspectiva, os membros do *Parquet* não podem ser ilhas ou “salvadores da pátria”, pois precisam de uma estrutura e planejamento institucionais que lhes permitam desenvolver suas atividades nessa área sem que isso represente um sacrifício pessoal, visto pelo lado de quem é

¹⁵⁰ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do programa “Meta 4” de 2015, determinou que todos os Tribunais do Brasil identificassem e julgassem até 31/12/2015 pelo menos 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública distribuídas até 31/12/2012. Maiores detalhes em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/bf79e5236530afa495e491cc76e235d2.pdf>, acessado em 25/04/2019, às 08:55 horas.

¹⁵¹ Maiores detalhes em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/11/08/ex-procurador-geral-de-justica-do-rj-claudio-lopes-e-presos.ghtml>. Acessado no dia 8/06/2019, às 10:38 horas.

investigado, processado e condenado como uma medida de caráter pessoal. O crime é organizado e o Estado precisa sê-lo mais ainda!

Por fim, é de se destacar que a duração razoável do processo também abrange, a despeito do prazo impróprio dos procedimentos persecutórios¹⁵², a necessária celeridade na conclusão das investigações, que não podem ter o caráter de indefinição, pois isso pode macular a honra e a imagem dos suspeitos, que, muito tempo depois, assistem ao arquivamento das investigações que lhes causaram sérios prejuízos. É preciso coragem e determinação não só para investigar e processar, mas, sobretudo, para dar fim a investigações maculadas pela nítida finalidade eleitoreira de plantão, ou com fins de perseguição pessoal. E nesse ponto o Poder Judiciário tem que intervir, como já vem fazendo em casos pontuais¹⁵³. Infelizmente, não é

¹⁵² “Assentado pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que é possível aos membros do Ministério Público presidir investigações, não há falar em prazo peremptório para o encerramento dos trabalhos respectivos, assim como ocorre também com inquéritos presididos por delegados de polícia. Precedentes desta Corte.” (STJ, HC 323.037/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 17/09/2015).

¹⁵³ PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO DE SUPOSTOS CRIMES DE SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS FEDERAIS, EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE ATIVOS. AUSÊNCIA DE INDICIAMENTO. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. É assente nesta Corte Superior que o inquérito policial tem prazo impróprio, por isso o elastério do lapso para a sua conclusão pode ser justificado pelas circunstâncias de o investigado gozar de liberdade e pela complexidade do levantamento dos dados necessários para lastrear a denúncia. 2. Atribui-se ao Estado a responsabilidade pela garantia da razoável duração do processo e pelos mecanismos que promovam a celeridade de sua tramitação, quer no âmbito judicial, quer no administrativo. Em razão disso, não é possível aceitar que o procedimento investigatório dure além do razoável, notadamente quando as suas diligências não resultem em obtenção de elementos capazes de justificar sua continuidade em detrimento dos direitos da personalidade, contrastados com o abalo moral, econômico e financeiro que o inquérito policial causa aos investigados. 3. Na hipótese, o inquérito policial perdura por mais de oito anos sem ter sido concluído e, mesmo tendo ocorrido inúmeras diligências, ainda não foram obtidos elementos concretos capazes de promover o indiciamento dos investigados, o que denota constrangimento ilegal a ensejar a determinação do seu trancamento por excesso de prazo, sem prejuízo de abertura de nova investigação, caso surjam novas razões para tanto. 4. Recurso provido para, concedendo a ordem, determinar o trancamento do inquérito policial. (STJ, RHC 58.138/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 04/02/2016). No mesmo sentido: ELEIÇÕES 2010. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CE. RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. REALIZAÇÃO DE INÚMERAS DILIGÊNCIAS, JÁ ULTIMADAS. PERÍODO SUPERIOR A TRÊS ANOS. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF/88. FALTA DE JUSTIFICATIVA PARA AS PRORROGAÇÕES. TRANCAMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O limite da razoável duração do inquérito policial é o período de tempo necessário à obtenção dos elementos que formarão a convicção do titular do monopólio da ação penal pública acerca de sua viabilidade. Em outras palavras, a duração do inquérito será razoável e justificada enquanto houver diligências a serem realizadas pela autoridade policial que sirvam ao propósito de oferecer fundamentos à formação da opinio delicti do Ministério Público. 2. In casu, embora não se constate inércia ou falta de interesse por parte da autoridade policial na apuração dos fatos em apreço, passados mais de três anos da instauração do inquérito sem que

o que se vê na prática! Eis outra mudança de cultura institucional a ser implementada.

XXIII – Princípio da Moralidade Eleitoral (artigo 14, §9º): O processo eleitoral é a via democrática que legitima as escolhas populares para os cargos políticos de representação e gestão. A despeito do povo ser o titular do poder, não permitiu o constituinte que qualquer pessoa pudesse se candidatar, exigindo uma moralidade mínima por parte do postulante a tais cargos. Assim, estabeleceu o Texto Supremo que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Diante do caráter aberto desse princípio, muito se debateu se o Poder Judiciário poderia indeferir o registro de candidaturas de pessoas objetivamente “sem moral” para representar o povo, haja vista condenações anteriores por crimes ou atos de corrupção. Após muita celeuma, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a Súmula nº13, segundo a qual “não é autoaplicável o § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994.” Assim, uma pessoa que tenha por exemplo, 10 condenações em primeiro grau, submetidas a recursos não julgados ainda pelo segundo grau, no que diz respeito a diversos atos de corrupção pode candidatar-se livremente. Apenas a lei complementar, no

o Ministério Público tenha concluído pela viabilidade ou não da ação penal, impõe-se a fixação de prazo para sua conclusão em atenção ao princípio da razoável duração do processo de investigação, a fim de que o paciente não seja submetido a um procedimento eterno. 3. Recurso em habeas corpus a que se dá parcial provimento para conceder prazo de um ano para a conclusão do inquérito policial. (TSE, Recurso em Habeas Corpus nº 6453, Acórdão de 03/09/2014, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 183, Data 30/09/2014, Página 487).

caso a de nº64/1990 (modificada pela Lei Complementar nº135/2010 – “Lei da Ficha-Limpa”), é que regula essas hipóteses¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: a) os inalistáveis e os analfabetos; b) os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subseqüentes ao término da legislatura; (Redação dada pela LCP 81, de 13/04/94) c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subseqüentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010) d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010; e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 8. de redução à condição análoga à de escravo; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 9. contra a vida e a dignidade sexual; e (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010) h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010) i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade; j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) k) o Presidente da República, o

XXIV – Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (artigo 14, §10º): A ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) está prevista no art. 14, §§10 e 11 da Constituição Federal de 1988 e tem como objetivo desconstituir o mandato eletivo obtido através de *fraude, corrupção e abuso de poder econômico*. A AIME, como assim é chamada no meio forense, possui natureza de ação constitucional/eleitoral e será utilizada sempre que a lisura do processo eleitoral restar comprometida pela prática de um dos três ilícitos anteriormente citados. Por não existir, até a presente data, norma infraconstitucional regulamentando o rito aplicável às ações de impugnação de mandato eletivo, a jurisprudência pátria é pacífica ao aplicar-lhe o procedimento previsto na Lei Complementar nº 64/1990.

Do exposto, percebe-se que a ação de impugnação de mandato eletivo é a única ação eleitoral de matriz constitucional voltada para garantir o direito

Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

difuso da sociedade a um processo eleitoral hígido e imune a qualquer ato de corrupção, fraude ou abuso.¹⁵⁵

Esse é o motivo pelo qual a Corte Eleitoral atribuiu-lhe a *posição de “preferred position” no campo processual eleitoral*.¹⁵⁶

XXV – Pluripartidarismo (artigo 17, *caput*): Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é o pluralismo político, de modo a permitir que todas as correntes de pensamento tenham vez e voz no cenário nacional. Nesse sentido, as diferentes congregações de pensamento podem aglutinar-se em partidos políticos, que, por definição legal (artigo 1º, da Lei Federal nº 9.096/1995), são as pessoas jurídicas de direito privado que se destinam a “assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade

¹⁵⁵ “A ação de impugnação de mandato eletivo transcende a mera tutela de pretensões subjetivas (e.g., do titular que pretende não ter seu mandato eletivo desconstituído), conectando-se, precipuamente, com a salvaguarda de interesses transindividuais (e.g., a legitimidade, a normalidade das eleições, a higidez e a boa-fé da competição eleitoral), a revelar, com extrema nitidez, o caráter híbrido que marca o processo eleitoral.” (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 139248, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE, Tomo 107, Data 02.06.2017, Página 37/40).

¹⁵⁶ “1. A ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) ocupa uma preferred position em relação às demais ações eleitorais, ante a jusfundamentalidade formal e material gravada pelo constituinte de 1988. a) A ação de impugnação de mandato eletivo, sob o prisma formal, encontra-se positivada no Título II, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, ex vi do art. 14, §§10 e 11, da CRFB, à semelhança dos demais remédios constitucionais (e.g., habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular), desenho institucional que atrai todo o regime jurídico das garantias constitucionais. b) A importância da AIME, examinada pelo viés material, salta aos olhos por ser a única ação eleitoral que conta com lastro constitucional para retirar um agente político investido no mandato pelo batismo das urnas, de ordem a mitigar, em consequência, o cânone da soberania popular. 2. o regime jurídico-constitucional da AIME encerra critério substantivo de racionalização dos feitos eleitorais, i.e., trata-se do vetor hermenêutico apto a elidir a ausência de sistematicidade do processo eleitoral e evitar o descrédito da Justiça Eleitoral em razão do atual estado de risco potencial de decisões antagônicas em processos em que há identidade quanto às premissas fáticas, seja porque possuem eficácia interpretativa, ao servir de filtro hermenêutico a guiar a atuação do magistrado, seja porque possuem eficácia negativa, ao obstar qualquer atuação do legislador no sentido de subtrair sua máxima efetividade (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. Reunião de processos no Direito Eleitoral quando veiculem os mesmos fatos: a proeminência constitucional da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME). In: Novos paradigmas do Direito Eleitoral. Belo Horizonte, 2016, p. 299-312). (...) 5. A ratio essendi da ação de impugnação de mandato eletivo é impedir que os mandatos eletivos sejam desempenhados por candidatos eleitos que adotaram comportamentos censuráveis durante o prélio eleitoral, com vilipêndio aos valores mais caros ao processo político, tais como a igualdade de chances entre os players da competição eleitoral, a liberdade de voto dos cidadãos e a estrita observância das disposições constitucionais e legais respeitantes ao processo eleitoral. 6. A legitimidade e a normalidade das eleições se afiguram pressupostos materiais para a investidura idônea e legítima do cidadão eleito, bem como para a consequente fruição de seu mandato eletivo.” (TSE Recurso Especial Eleitoral nº 1090, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE, Tomo 126, Data 30/06/2017, Página 99/102).

do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.”

Percebe-se, assim, que o pluripartidarismo possui íntima relação com a garantia de uma democracia efetiva e eleições livre¹⁵⁷, muito embora essa nota não seja exclusiva desse tipo de sistema, pois existem casos de bipartidarismo em que não se contesta a existência de democracia (caso dos Estados Unidos da América). Não obstante isso, o pluripartidarismo brasileiro tem permitido uma prática de corrupção pouco investigada, a chamada “venda de legendas”, em que os dirigentes das agremiações (hoje, mais de 35) fazem coligações ou apoios informais mediante compensações nada republicanas. Essa é a faceta obscura do chamado “presidencialismo de coalizão”.

Embora essa seja uma prática real, melhor os vícios do número excessivo de partidos (que já está em processo de redução pela instituição de cláusulas de barreira) do que um com partido único, que legitima as ditaduras e suas práticas corruptas.¹⁵⁸

XXVI – A Competência Legislativa Privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que é complementada pela Competência Federativa Comum de Proteção do Patrimônio Público (artigo 22, XXVII c/c artigo 23, I): O artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, estabeleceu competência privativa da União para

¹⁵⁷ “Os partidos políticos são reconhecidos por todas as nações democráticas como a força política que compõe a democracia, porque são os conectivos entre uma série de interesses e necessidades presentes no corpo social e o governo, e por contribuírem para um processo eleitoral justo e transparente. Pode-se até afirmar que não há uma efetiva democracia sem a contribuição direta dos partidos políticos.” (COELHO, Marcus Vinícius Furtado. *Direito Eleitoral, Processual Eleitoral e Penal Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª edição, 2016, p.131).

¹⁵⁸ “As ditaduras do século XX, com raras exceções, fizeram porém do partido único o instrumento máximo de conservação do poder, sufocando, pela interdição ideológica, o pluralismo político, sem o qual a liberdade se extingue. (...) No sistema de partido único não há alternativa para o eleitor em face do poder. Fica ele assim privado de fazer escolha genuína, conforme Field judiciosamente assinala. Ademais, nesse sistema, ‘o partido se confunde com o poder’ e sua doutrina se torna a ‘ideia do direito oficial’. A função do partido é portanto diferente daquela que ele tem no pluralismo democrático. A eleição configura-se secundária, destituída já do caráter competitivo, sem o diálogo de opiniões contraditórias. Toma portanto o aspecto plebiscitário de mera designação ou ratificação de escolha anteriormente feita.” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política (...)*, p.394-396).

legislar sobre normas gerais de licitação, que são de cumprimento obrigatório para todos os entes da federação. Por normas gerais sobre licitações, Marçal Justen Filho¹⁵⁹ entende que são aquelas que disponham sobre: a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa; b) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação; c) requisitos de participação em licitação; d) modalidades de licitação; e) tipos de licitação; f) regime jurídico da contratação administrativa. Dentro desse contexto, cabe aos demais entes federados legislar sobre o assunto dentro de suas competências constitucionais e de acordo com suas especificidades. O grande limitador, porém, será a disciplina quase que completa do assunto pelas normas que já foram editadas pela União, em especial pelas Leis nº8.666/1993 e 10.520/2002¹⁶⁰.

Um exemplo bem elucidativo de como os demais entes políticos podem ir além das normas gerais sobre licitações e contratos para estabelecer políticas anticorrupção está na Lei Orgânica do Município de Brumadinho (MG) cujo artigo 36¹⁶¹, proibiu a contratação (conceito a partir do qual se veda a participação em licitações) de parentes do Prefeito, Vice-Prefeito, Vereadores, ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, afim

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16ª edição, 2014, p.22.

¹⁶⁰ Nesse tocante, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que nenhum ente político, à exceção da União, pode prever em legislação própria outras hipóteses de dispensa do procedimento licitatório: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). I - Lei ordinária distrital - pagamento de débitos tributários por meio de dação em pagamento. II - Hipótese de criação de nova causa de extinção do crédito tributário. III - Ofensa ao princípio da licitação na aquisição de materiais pela administração pública. IV - Confirmação do julgamento cautelar em que se declarou a inconstitucionalidade da lei ordinária distrital 1.624/1997. (ADI 1917, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00022 EMENT VOL-02286-01 PP-00059 RDDT n. 146, 2007, p. 234-235 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 53-63 RT v. 96, n. 866, 2007, p. 106-111).

¹⁶¹ Art. 36 – O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores, os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o 2º grau, ou por adoção e os servidores e empregados públicos municipais, não poderão contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.

ou consaguíneo, até o segundo grau, servidores e empregados públicos por um período de até seis meses após o exercício das respectivas funções.

Houve a arguição de inconstitucionalidade da referida norma, ao fundamento de que a mesma não tratava de assunto de interesse local (artigo 30, I, da CF/88) e a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, que julgou válida a norma em apreço nos seguintes termos: “A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido.”¹⁶²

Outra questão mais polêmica e atual diz respeito ao fato de algumas pessoas jurídicas de direito público interno estarem exigindo das empresas vencedoras de licitação, como obrigação contratual (e não como requisito de habilitação) a implementação de programas de *compliance*, que sequer

¹⁶² RE 423560, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012 RT v. 101, n. 923, 2012, p. 678-683.

precisa já estar integrado a rotina da empresa vencedora, mas que deverá fazê-lo dentro de prazo fixado (via de regra, 180 dias)¹⁶³

Apesar de certa divergência doutrinária, vem prevalecendo a tese – com a qual concordamos – de que essas cláusulas constitucionais (fundadas em lei ou atos normativos do Poder Executivo) são constitucionais, pois vão ao encontro das diretrizes gerais das contratações públicas, em especial dos princípios da moralidade e probidade administrativas expressamente positivados pela Lei nº8.666/1993.¹⁶⁴

XXVII – A obrigação constitucional do Prefeito Municipal de repassar, até o dia 20 de cada mês, o duodécimo devido ao Poder Legislativo, sob pena de crime de responsabilidade (artigo 29-A, §2º);

XXVIII – A fixação de que a Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores, cujo descumprimento por parte

¹⁶³ Vejamos alguns exemplos: a) Lei nº7753/2017, do Estado do Rio de Janeiro; b) Lei nº10.793/2017, do Estado do Espírito Santo; c) Lei nº6.112/2018, do Distrito Federal.

¹⁶⁴ “Aqueles que defendem a inconstitucionalidade, fazem-no aventando que a exigência constante nesses instrumentos estaria violando a competência privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitações e contratos, disciplinada no art.22, inc. XXVIII, da Constituição da República de 1988. Isto é, as inovações normativas estariam criando uma condição especial mais restritiva à assinatura de contratos administrativos, o que somente poderia se veicular por meio de norma geral. Não obstante, exigência de programas de *compliance* nas relações contratuais com a Administração Pública não carece de constitucionalidade formal, eis que, ao contrário do externado acima, a exigência vai ao encontro das diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações, que, como norma geral, privilegia os princípios da moralidade e da probidade, os quais, inclusive, justificam a publicação dos atos em comento, mediante a exigência de estruturas que comprovem o interesse das contratadas no controle de riscos internos e externos e no combate a fraudes. (...) Daí dizer que a obrigatoriedade dos programas de *compliance* – nas relações contratuais com a Administração Pública exigida em diplomas estaduais ou distritais, ou, ainda, em atos normativos infralegais (portarias ministeriais etc) – não conflita com os princípios gerais das licitações públicas previstos no art. 37, inc. XXI, da Constituição da República, tampouco com as normas gerais disciplinadas na Lei Federal nº8.666.1993, mas, ao contrário, complementa-os, define-os de acordo com as peculiaridades de cada ente. Corroborando o entendimento em destaque o fato de que a própria Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos permite a exigência de requisitos técnicos previstos em legislação específica, ou, ainda, de qualificação restritiva no próprio bojo do instrumento convocatório, quando devidamente justificada e de acordo com os princípios gerais das licitações e contratações públicas. Não poderia ser diferente, portanto, com a exigência de implementação de programas de integridade e *compliance*, após a assinatura do contrato, já que, como visto, a exigência encontra-se em estrita consonância às diretrizes básicas das licitações.” (CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOOTTO, Mirela Miró. *Compliance nas Contratações Públicas: exigência e critérios normativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.42-43).

do Presidente dessa Casa Legislativa configura crime de responsabilidade (artigo 29-A, §3º);

XXIX – O estabelecimento de um sistema de controle interno e externo sobre as atividades do Poder Executivo Municipal, sendo dada prioridade ao parecer técnico do Tribunal de Contas, cuja conclusão só deixará de prevalecer por 2/3 de votos dos membros da Câmara Municipal. Além disso, destaca-se a previsão de que as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei (artigo 31).

XXX - Princípio da Prestação de Contas da Administração Pública Direta e Indireta (artigo 34, VII, alínea “e” c/c artigo 35, II);

XXXI – Princípios Constitucionais da Administração Pública (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade¹⁶⁵, Publicidade e Eficiência (artigo 37, *caput*)).

XXXI.1 – Legalidade Administrativa: “Sabe-se que o administrador público não goza de plena liberdade de atuação, sendo necessário um balizamento normativo prévio que dirija e condicione suas ações concretas, o que ocorre através dos dispositivos constitucionais, legais ou regulamentares.

Exatamente por conta disso, o tradicional princípio da legalidade administrativa,¹⁶⁶ manifestado através da necessária compatibilidade e adequação da atuação estatal com o teor de uma lei prévia, constitui

¹⁶⁵ “O postulado constitucional da moralidade administrativa é princípio basilar da atividade administrativa e decorre, diretamente, do almejado combate à corrupção e à impunidade no setor público. Em razão disso, exerce dupla função: parâmetro de conduta do administrador e requisito de validade do ato administrativo.” (STJ, REsp 1107833/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009).

¹⁶⁶ “A legalidade administrativa como preferência de lei é um legado liberal inteiramente confirmado pelo Estado social. Assim, o art. 266º, nº 2 CRP e art. 3º CPA devem ser entendidos, desde logo, num sentido proibitivo ou negativo: são proscritas actuações administrativa que contrariem a lei; em caso de conflito entre a lei e um acto de administração, a lei prefere (ou prevalece) sobre este” (SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral, Tomo I – Introdução e Princípios Fundamentais*. Lisboa: D. Quixote, 5ª edição, 2014, p. 163).

importante elemento na prevenção e repressão à corrupção. Senão, vejamos.

Em primeiro lugar, deve-se referenciar que a legalidade administrativa estrita (que é um conceito bem aquém do moderno sentido de juridicidade¹⁶⁷) é uma garantia fundamental universal que serve como porto seguro do administrado no sentido de contenção do poder do gestor de plantão, pois limita sua atuação aos estritos ditames normativos preestabelecidos pela da ordem jurídica.

Em segundo lugar, o poder de autotutela advindo da legalidade administrativa, que consiste no dever-poder de anular, *ex officio* ou mediante provocação de terceiro interessado, as ilegalidades verificadas na atuação estatal é extremamente salutar na prevenção à corrupção, pois permite que se impeça a consumação do ilícito já no seu nascedouro.

Assim sendo, verifica-se que a legalidade administrativa tanto atua no viés preventivo, quanto repressivo. Ocorre, porém, que não basta mais somente a prévia existência de uma lei para justificar o agir administrativo: é necessário que haja uma legalidade constitucional, isto é, que a lei a ser cumprida seja harmônica com o Texto Supremo.

Isso traz uma repercussão prática relevantíssima, qual seja, a de que na eventualidade dela se apresentar manifestamente inconstitucional (pelo texto contrariar literalmente o exto Supremo ou a interpretação consolidada pelo STF) o agente público deve recusar o seu cumprimento, de maneira motivada e com a devida publicidade,¹⁶⁸ bem como adotar as providências cabíveis em sede de controle de constitucionalidade.

¹⁶⁷ “O princípio da juridicidade diz-nos que toda a atuação administrativa se encontra submetida ao ordenamento jurídico em seu conjunto, sendo a lei apenas um dos parâmetros vinculativos do agir administrativo, apesar de assumir uma posição relevante dentro das demais fontes de vinculação” (OTERO, Paulo. Direito do Procedimento Administrativo, Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016, p. 137-138).

¹⁶⁸ Prevalece na doutrina brasileira o seguinte entendimento: “No Poder Executivo, o controle repressivo é motivo de grande controvérsia. Desde antes da Constituição da República de 1988, a jurisprudência do STF já admitia, em favor dos Chefes do Executivo, a prerrogativa de descumprir uma lei, no âmbito de sua administração, ao argumento de que ela é inconstitucional. Anteriormente à edição da atual carta constitucional, a faculdade era pacífica, não ensejando qualquer discussão, afinal era vista como um corolário da supremacia da Constituição e da nulidade da lei inconstitucional. (...) Em conclusão, prevalece hoje o entendimento de que é

A despeito desse entendimento, deve-se frisar que o mesmo não é posto em prática no Brasil, em que vigora o aproveitamento legislativo de atos claramente inconstitucionais por parte da classe política. Trago, aqui, alguns exemplos.

1 – Uso de Aeronaves e Veículos Oficiais pelo Presidente da República candidato: De acordo com o artigo 73, §2º, da Lei nº 9.504/97, o Chefe do Poder Executivo Federal (e apenas ele) pode se valer de todos os meios de transporte oficiais para se locomover durante a sua campanha eleitoral de reeleição. Não precisa muita argumentação jurídica para demonstrar que esse dispositivo legal viola frontalmente o “princípio republicano”, o princípio da igualdade de oportunidades e os postulados constitucionais da moralidade e impessoalidade administrativas. Não obstante isso, o que se vê nas eleições é o gozo dessa prerrogativa funcional inconstitucional de maneira descarada, quando o correto deveria ser a abstenção dessa benesse inconstitucional. Cumpre-se a lei se lhe for benéfica, ainda que viole a Constituição Federal;

2 – Uso das Dependências do Poder Legislativo para a realização de Propaganda Eleitoral: O artigo 37, §3º, da Lei das Eleições, preceitua que

possível aos chefes do Executivo descumprir a lei inconstitucional, conferindo primazia à Constituição” (MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. Salvador: JusPodivm, 5ª edição, 2017, p. 1173-1174). Igualmente é o pensamento do Supremo Tribunal Federal (STF): “Ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória. Revogação. Pedido de liminar. – por ser a medida provisória ato normativo com força de lei, não é admissível seja retirada do congresso nacional a que foi remetida para o efeito de ser, ou não, convertida em lei. – em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do poder judiciário. Os poderes executivo e legislativo, por sua chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais. – a medida provisória n. 175, porém, pode ser interpretada (interpretação conforme a constituição) como ab-rogatória das medidas provisórias n.s. 153 e 156. Sistema de ab-rogação das medidas provisórias do direito brasileiro.- rejeição, em face desse sistema de ab-rogação, da preliminar de que a presente ação direta de inconstitucionalidade esta prejudicada, pois as medidas provisórias nºs 153 e 156, neste momento, só estão suspensas pela ab-rogação sob condição resolutiva, ab-rogação que só se tornara definitiva se a medida provisória n. 175 vier a ser convertida em lei. E essa suspensão, portanto, não impede que as medidas provisórias suspensas se revigorem, no caso de não conversão da ab-rogante. – o que está prejudicado, neste momento em que a ab-rogação está em vigor, e o pedido de concessão de liminar, certo como e que essa concessão só tem eficácia de suspender “ex nunc” a lei ou ato normativo impugnado. E, evidentemente, não há que se examinar, neste instante, a suspensão do que já esta suspenso pela ab-rogação decorrente de outra medida provisória em vigor. Pedido de liminar julgado prejudicado “si et in quantum” (ADI 221 MC, Relator(A): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 29.03.1990).

“nas dependências do Poder Legislativo, a veiculação de propaganda eleitoral fica a critério da Mesa Diretora”. A melhor interpretação do dispositivo conforme a Constituição Federal é no sentido de que, em nenhuma hipótese, pode haver o uso do espaço público das Casas Legislativas para fins de propaganda, já que tal beneficiaria os candidatos que já fossem parlamentares.

3 - Outra hipótese prática diz respeito às contratações temporárias realizadas com base em leis inconstitucionais, cujo teor autoriza aos gestores públicos admitir pessoal para todas as atividades ordinárias da Administração Pública, a despeito do artigo 37, IX, da Constituição Federal ter sido claro que essa modalidade de acesso ao serviço público deve ser excepcional e temporária.”¹⁶⁹ “Explico: o artigo 37, IX, do Constituição Brasileira de 1988 determina que uma lei de cada ente federativo regule a temática, estabelecendo os critérios de admissão, o tempo de duração e os cargos que serão objeto da contratação temporária. Pois bem, ocorre que no afã de legitimar a corrupta prática de conseguir uma vaga no serviço público para os apaniguados políticos, em desrespeito ao mandamento constitucional do concurso público, os gestores públicos brasileiros, em conluio com os membros do Poder Legislativo, conseguem aprovar leis que são um verdadeiro cheque em branco para a realização de contratações em cargos típicos da atividade ordinária e regular do ente público, o que já foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Trecho extraído do nosso livro “Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral” (op. cit, p.64-67).

¹⁷⁰ Ementa Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”. 2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os

Assim, para legitimar o desvio de conduta, valem-se dessas leis inconstitucionais, o que reforça o entendimento de que não basta o mero

casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração. 4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de *la culture de gestion*, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito *ex nunc*, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social. (RE 658026, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014).

cumprimento da legalidade estrita; é preciso o respeito à legalidade constitucional¹⁷¹.¹⁷²

XXXI.2 – Impessoalidade Administrativa: “A atuação da Administração deve voltar-se objetivamente para a consecução do interesse público, independentemente das convicções pessoais ou políticas do gestor de plantão. Mas não é só: significa dizer que os cidadãos em igualdade de condições devem receber o mesmo tratamento (faceta da igualdade prevista no artigo 5º, da Constituição Federal). Além disso, tal princípio imputa a

¹⁷¹ Não obstante o pacífico posicionamento jurisprudencial quanto à invalidade de leis desse jaez, é preciso que os Tribunais avancem mais ainda e permitam a punição por improbidade administrativa dos gestores públicos que se acobertam da “legalidade inconstitucional” para praticar esses atos de corrupção. Vejamos, pois, um dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que merecem mudança de orientação: “5. Esta Corte Superior já se manifestou no sentido de que fica afastada a caracterização do dolo genérico, quando a conduta do agente público, mesmo que de questionável validade em razão da vigência dos preceitos constitucionais relativos à obrigatoriedade do concurso e excepcionalidade da contratação temporária, se deu com base em leis municipais que estavam em vigor quando da contratação dos servidores, posto que tais leis gozam de presunção de constitucionalidade. 6. Nesse sentido: AgRg no REsp 1358567/MG, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 09/06/2015; EAREsp 184.923/SP, 1ª Seção, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/03/2015; REsp 1231150/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 12/04/2012.” (REsp 1348175/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015). Mais recentemente, fica clara essa evolução no aspecto criminal, ao se negar pedido de trancamento de ação penal contra Prefeito Municipal: “PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS. CONTRATAÇÃO SEM REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO (ART. 1º, XIII, DL 201/67). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENÚNCIA DEVIDAMENTE DESCRITA. CONTRATOS CELEBRADOS FORA DAS EXCEÇÕES PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO E LEI REGULADORA DO TEMA. ALEGAÇÃO DE LEI MUNICIPAL AUTORIZADORA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. MANDAMUS DENEGADO. 1. Somente é cabível o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade. 2. Descrito na denúncia, e confirmado pelo Tribunal de origem, ao receber a inicial, que as contratações temporárias foram realizadas fora das hipóteses autorizadas na legislação (Constituição Federal, Lei Orgânica do Município e Lei Municipal que regulamenta as contratações), tem-se como admissível a imputação pelo crime de nomeação de servidor contra expressa disposição de lei. 3. A discussão de ter o paciente seguido lei local, de considerá-la vigente e prevalente sobre outras leis, é tema que ultrapassa os limites do habeas corpus e melhor definição terá, inclusive quanto ao dolo, na pertinente ação penal. 4. Indevido, ainda, o debate de temas não analisados pela instância a quo sob pena de incorrer em supressão de instâncias. 5. Habeas Corpus denegado.” (HC 406.746/BA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 24/09/2018).

¹⁷² Trecho extraído do nosso Relatório final da disciplina de Direito Administrativo, no curso de Doutorado na Universidade de Lisboa, intitulado “Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Administração Pública na Prevenção e Repressão à Corrupção nos Contratos Públicos em uma Perspectiva Luso-Brasileira: Aspectos Teóricos e Práticos”.

conduta dos agentes públicos ao ente estatal a que o mesmo está vinculado (teoria do órgão).

Outra decorrência desse postulado é a proibição de que a publicidade institucional seja direcionada para promoção pessoal do agente público¹⁷³, cujo descumprimento configura ato de improbidade administrativa (artigo 11, caput, da Lei nº8.429/92), abuso de poder político¹⁷⁴ (ilícito eleitoral) ou crime eleitoral¹⁷⁵.

Por fim, lembramos que, por força da Lei Federal nº6.454/77, 'é proibido, em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva ou que tenha se notabilizado pela defesa ou exploração de mão de obra escrava, em qualquer modalidade, a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da administração indireta', sendo 'igualmente vedada a inscrição dos nomes de autoridades ou administradores em placas indicadores de obras ou em veículo de propriedade ou a serviço da Administração Pública direta ou indireta'. As proibições constantes desta Lei são aplicáveis às entidades que, a qualquer título, recebam subvenção ou auxílio dos cofres públicos federais, sendo que o descumprimento da mesma "acarretará aos responsáveis a perda do cargo ou função pública que exercerem, e, no caso do artigo 3º, a suspensão da subvenção ou auxílio'."¹⁷⁶

XXXI.3 - Moralidade Administrativa: "Sabe-se que a Constituição Brasileira de 1988 possui uma origem revolucionária, já que surgida após

¹⁷³ Art. 37, § 1º, da CF/88: A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

¹⁷⁴ Art. 74, da Lei nº9.504/97: Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma.

¹⁷⁵ Art. 40, da Lei nº9.504/97: O uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR.

¹⁷⁶ Texto extraído do nosso livro "*Revisão Final:MPSC*" (Op. cit. p.1384-1385).

longo período ditatorial, quando foi praticada pelos detentores do poder toda sorte de atos abusivos e imorais, alguns, inclusive, valendo-se do discurso oficial de combate à corrupção.

Ora, foi exatamente esse contexto de redemocratização do Brasil que fez surgir a chamada “Constituição Cidadã”, que teve especial atenção com os limites impostos ao Poder Público no trato com o cidadão, em especial na atuação administrativa. Registre-se, ademais, que esse movimento de moralização do Poder Público foi contínuo desde então, a despeito de algumas exceções constatadas pontualmente.

Assim, após uma análise detida de tudo o que ocorreu de 1988 até os dias de hoje, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que a positivação do princípio da moralidade administrativa foi um dos principais instrumentos de transformação do regime jurídico a que se submete a Administração Pública.

Pois bem, dentro desse contexto, pode-se afirmar que a moralidade administrativa, antes de ser algo reconduzível à simples disciplina interna da Administração Pública, representa uma cláusula geral que impõe aos agentes públicos, àqueles que lhe façam às vezes ou que se relacionem com o Poder Público negocialmente, o dever de agir sempre atento aos postulados da correção, honestidade, justiça e boa-fé, tendo sempre como norte a concretização do interesse público.

Trata-se, reconhecemos, de um conceito por demais fluído, mas que está conectado com os ensinamentos da doutrina amplamente majoritária,¹⁷⁷

¹⁷⁷ “A moralidade administrativa é alguma coisa que muito mais se intui do que se pode descrever, mas podemos tomar como ponto de partida os bons costumes. Que bons costumes seriam esses? A respeito de certas noções, noções que trazem consigo valores, a tentativa de identificação deles deve ser feita não em função do que se pratica, mas em função daquilo que se crê deva ser praticado” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Tributário*, n. 69, Revista dos Tribunais, 1995, p. 180). No mesmo sentido, destacamos o posicionamento da Ministra Cármen Lúcia, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “O fortalecimento da moralidade administrativa como princípio jurídico deu-se, pois, com a aceitação da ideia de que o serviço público tem que atender ao que é justo e honesto para a sociedade a que se destina. A Administração Pública tem, pois, que tomar a si a responsabilidade de realizar os fins da sociedade segundo padrões normativos de justiça e de justeza, esta configurada pelo conjunto de valores éticos que revelam a moralidade. A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espraia num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo. Note-se que a razão ética que fundamenta o sistema jurídico não é uma ‘razão de Estado’. Na perspectiva democrática, o Direito de que se cuida é o Direito legitimamente elaborado pelo próprio povo, diretamente ou por meio de seus representantes. A ética da qual

que, inclusive, chega a enquadrá-lo como um princípio jurídico em branco,¹⁷⁸ carente que é de um conteúdo preciso e objetivado como ocorre com a maioria dos demais postulados jurídicos.

Do princípio da moralidade administrativa, decorrem dois subprincípios bem delimitados, sendo um de caráter objetivo (a boa-fé) e outro subjetivo (a probidade administrativa). Vejamos, pois, o conteúdo e o alcance de cada um deles.

1 – Pelo princípio da boa-fé, impõe-se ao Poder Público a adoção dos deveres anexos a esse postulado na seara do direito privado (“*venire contra factum proprium*,”¹⁷⁹ *tu quoque e supressio*”), de modo que sejam respeitadas as expectativas legítimas dos cidadãos criadas a partir do comportamento estatal pretérito (proteção à confiança),¹⁸⁰ bem como a proibição de ações

se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191). Igualmente: “Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Op. cit.*, p. 79).

¹⁷⁸ “Mas há peculiaridade que diferencia o princípio da moralidade pública frente à quase totalidade dos demais princípios jurídicos. Trata-se da referência às vivências éticas predominantes na sociedade. O princípio da moralidade pública é, por assim dizer, um princípio jurídico ‘em branco’, o que significa que seu conteúdo não se exaure em comandos concretos e definidos, explícita ou implicitamente previstos no Direito legislado. O princípio da moralidade pública contempla a determinação jurídica da observância de preceitos éticos produzidos pela sociedade, variáveis segundo as circunstâncias de cada caso” (JUSTEN FILHO, Marçal. O Princípio da Moralidade Pública e o Direito Tributário. *RTDP*, São Paulo, 1995, p. 50).

¹⁷⁹ Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), colhe-se o seguinte: “O Direito não pode servir de proteção àquele que após empenhar uma despesa, e firmar o contrato de aquisição de serviço, e receber a devida e integral prestação deste, deixa de atestar a correta realização da despesa e proceder à liquidação para finalmente efetuar o pagamento, sobretudo diante da proteção da confiança dos administrados, da presunção da legitimidade das contratações administrativas, do princípio da moralidade, do parágrafo único do artigo 59 da Lei nº 8.666/1993 (segundo o qual a nulidade do contrato administrativo ‘não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contato que não lhe seja imputável’) e dos artigos 36 a 38 da Lei n. 4.320/1964, que nunca instituíram o enriquecimento indevido” (STJ, REsp 1366694/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.04.2013).

¹⁸⁰ Nesse sentido, registramos precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “Prestigia-se o primado da confiança, assente no §242, Código Civil alemão, e constante do ordenamento jurídico brasileiro como cláusula geral que ultrapassa os limites do Código Civil (arts. 113, 187

utilitaristas baseadas na premissa deturpada de que “os fins justificam os meios” e voltadas para uma concretização apenas retórica do interesse público;

2 – Já a probidade administrativa determina que os agentes públicos e particulares que se relacionam com a Administração Pública ajam não só com respeito à lei, mas, em especial, sempre com honestidade, decore e lealdade às instituições, procurando inibir o enriquecimento ilícito e a prática de atos que causem prejuízo ao erário. Exatamente por isso, fala-se, em sede doutrinária, que a improbidade administrativa é a “imoralidade qualificada”.¹⁸¹ Em nível legal, a improbidade administrativa (violação à probidade) foi enquadrada pela Lei Federal nº 8.429/92 (artigo 11) para além da premissa estabelecida (vedação ao enriquecimento ilícito e práticas que causem prejuízo ao erário), de modo a configurar-se também na hipótese de desrespeito aos princípios reitores da Administração Pública.

É importante deixar registrado, contudo, que não é o descumprimento objetivo do princípio da legalidade que caracterizará a improbidade. Improbidade e ilegalidade não são expressões sinônimas; ao revés, são qualificações gradativas para um ato antijurídico. Na ilegalidade, não se analisa o *animus* do responsável, pois simplesmente procede-se um juízo de compatibilidade ou não da conduta (comissiva ou omissiva) com a ordem jurídica (princípio da juridicidade). A consequência é simples: anulação do ato e eventual ressarcimento pelo dano causado. A improbidade, porém, reveste-se de maior carga negativa. É preciso que se demonstre que o ato, além de ilegal, traz consigo uma carga de culpa *lato sensu* por parte do

c/c art. 422) e que influencia na interpretação do Direito Público, a ele chegando como subprincípio derivado da moralidade administrativa. Ao caso aplica-se o que a doutrina alemã consagrou como “pretensão à proteção” (Schutzanspruch) que serve de fundamento à manutenção do acórdão recorrido” (REsp 944.325/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04.11.2008).

¹⁸¹ “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...)” (DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 26ª edição, 2012, p. 669).

agente, isto é, que ele tenha agido de maneira intencional ou, pelo menos, com culpa grave violadora dos deveres objetivos de cuidado (ausência de diligência no exercício do cargo). Por isso que se diz, em nível jurisprudencial, que a improbidade é uma ilegalidade qualificada.¹⁸²

Resumindo, pois, a questão em uma visão gráfica, poderíamos apresentar a questão da seguinte maneira:



Sobre a incidência do princípio da moralidade administrativa para além da seara de sua origem, importante debate existe sobre os seus efeitos nos atos estritamente políticos ou eleitorais. Vejamos, pois, os argumentos que nos levam a concluir positivamente sobre o assunto.

Inicialmente, destaco que não há dúvidas de que o princípio da moralidade administrativa foi concebido, como a própria terminologia sugere, para

¹⁸² Essa é a diretriz do Superior Tribunal de Justiça (STJ), *in verbis*: “(...) Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10º” (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28.09.2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10.10.2014; STJ, REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02.09.2014; STJ, AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31.03.2014” (AgRg no REsp 1397590/CE, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24.02.2015, DJe 05.03.2015).

limitar e condicionar a atuação de todos aqueles que exerçam função administrativa, sejam ou não mandatários populares.¹⁸³

Entretanto, no que diz respeito à classe política, merece maior reflexão a tese de que os titulares dos Poderes Executivo e Legislativo não poderiam ser responsabilizados por violação ao princípio da moralidade administrativa quando da prática de atos essencialmente políticos, pois tal conclusão não pode ser tomada de solavanco, sem uma reflexão detida sobre os efeitos nocivos que isso pode causar à democracia.

Sabe-se que a ação política e a atuação administrativa, embora sejam conceitualmente distintas, possuem, pelo menos em tese, o desiderato comum de satisfação do interesse público e prática do bem comum. Ora bem, dentro dessa perspectiva, pergunta-se: qual a desvantagem, em um crescente ambiente de reclamo pela ética na política, em aplicar-se a moralidade aos ditos “atos políticos”? A quem interessa, que não seja o político descompromissado com suas nobres funções, essa imunidade? Por que manter o ambiente político imune aos salutares deveres da moralidade?

Essas são perguntas que nos interessam de perto e que reclamam uma nova abordagem da doutrina, para chegar-se à conclusão de que a atividade política deve sujeitar-se inteiramente aos valores da probidade, honestidade, justiça, decoro e boa-fé, bem como às consequências daí advindas, em especial à imputação dos atos desviados como atos de improbidade administrativa e abuso de poder político. Nesse sentido, registramos que o Supremo Tribunal Federal (STF) já acatou a tese da criminalização de atos políticos, deixando claro que não se trata de espécie blindada aos deveres inerentes a qualquer ato estatal, ainda mais por serem

¹⁸³ Já está pacificada a tese de que os agentes políticos se sujeitam à responsabilização por atos de improbidade administrativa. Veja-se, por exemplo, recente acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF): “Sedimentou-se, nesta Corte Suprema, o entendimento de que competente o primeiro grau de jurisdição para julgamento das ações de improbidade administrativa contra agentes políticos, ocupantes de cargos públicos ou detentores de mandato eletivo, independentemente de estarem, ou não, em atividade. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido” (STF, Rcl 14954 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15.03.2016).

praticados na representação do titular do poder (o povo), que almeja o máximo de moralidade possível no trato das questões que lhe são afetas¹⁸⁴.

É claro que o controle deve ser realizado com parcimônia e equilíbrio, devendo-se exigir sempre prova inequívoca do abuso de poder ou do dolo *malus* no caso concreto, sem embargos das presunções decorrentes de situações de inquestionável desonestidade (como no caso em que parlamentares votam a extinção ou a redução de pena do tipo penal pelo qual vários estão sendo processados, que é o exemplo da tentativa de se anistiar o “caixa 2” pelos membros do Congresso Nacional).

Alguns outros exemplos bem atuais da vida política nacional parecem-nos bastante elucidativos. Vejamos:

1 – Suponhamos que um(a) titular do Poder Executivo em exercício, durante sua campanha à reeleição, passe a fazer promessas referentes à sua atual e futura gestão que sabidamente não tem como cumpri-las, mas que são fundamentais para sua vitória. Ou, então, que assuma o compromisso de não majorar impostos, tarifas públicas, mas, tão logo se reeleja, passe a adotar postura exatamente contrária àquela assumida durante o pleito eleitoral, em um nítido “estelionato eleitoral”. Pergunta-se: Tal conduta não merece reproche judicial? Não tem o mandatário popular que esteja no

¹⁸⁴ “A configuração constitucional do regime presidencialista brasileiro confere aos parlamentares um espectro de poder que vai além da mera deliberação a respeito de atos legislativos. A participação efetiva de parlamentares nas decisões de governo, indicando quadros para o preenchimento de cargos no âmbito do poder executivo, é própria da dinâmica do referido regime, que exige uma coalizão para viabilizar a governabilidade. Tal dinâmica não é, em si, espúria, e pode possibilitar, quando a coalizão é fundada em consensos principiológicos éticos, numa participação mais plural na tomada de decisões usualmente a cargo do Poder Executivo. Todavia, quando o poder do parlamentar de indicar alguém para um determinado cargo, ou de lhe dar sustentação política para nele permanecer, é exercido de forma desviada, voltado à percepção de vantagens indevidas, há evidente mercadejamento da função pública. Na espécie, o conjunto probatório é sólido e demonstra o nexo causal entre o apoio político envidado por Nelson Meurer, na qualidade de integrante da cúpula do Partido Progressista (PP), para a indicação e manutenção de Paulo Roberto Costa na Diretoria de Abastecimento da Petrobras S/A, e o recebimento, de forma ordinária, de vantagens pecuniárias indevidas, configurando, nas oportunidades especificadas, de forma isolada ou com o auxílio de Nelson Meurer Júnior e Cristiano Augusto Meurer, o crime de corrupção passiva.” (AP 996, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 07-02-2019 PUBLIC 08-02-2019).

exercício do cargo o compromisso com a verdade sobre o que fez e, principalmente, sobre o que pretende fazer em sua futura gestão? Será a campanha eleitoral verdadeiramente um “vale-tudo” ou um concurso de quem mente mais, em que a única vergonha deve ser a de perder? Cremos que não!

2 – Outra hipótese diz respeito ao fato de parlamentares diretamente envolvidos em um grande esquema de financiamento ilícito de campanhas eleitorais tentarem aprovar, na calada da noite e sem prévio aviso ou publicidade necessária, um projeto de lei anistiando todos os políticos que tenham se valido desse mecanismo de corrupção. Mais uma vez fica a indagação: será lícito que tal expediente imoral e antirrepublicano fique sem sanção? E mais: se a lei for aprovada? Certamente, ela seria declarada inconstitucional por violação à moralidade administrativa, mas os responsáveis pela sua aprovação, que seriam ao mesmo tempo os principais beneficiários, não se sujeitariam, na visão tradicional, ao processo de responsabilização por improbidade administrativa.

3 – Para finalizar, imaginemos o caso em que o Chefe do Poder Executivo edite uma medida provisória com o objetivo de concessão de benefícios fiscais a determinado grupo empresarial como “recompensa” pelo financiamento de campanha e através do compromisso de pagamento de propinas em obras públicas. Estaria ele ou ela imune? Certamente, a resposta deverá ser negativa.

Não desprezamos a imunidade parlamentar; aliás, reconhecemos as razões históricas do instituto e temos plena consciência da necessidade de sua previsão em um regime democrático. Contudo, como qualquer direito, não lhe pode ser emprestado caráter absoluto, pois ao mandatário popular devem ser asseguradas as prerrogativas do cargo apenas enquanto estiver fielmente cumprindo os seus encargos. E a fidelidade de sua atuação pode ser auferida, dentre outros critérios, exatamente pelos valores que a moralidade administrativa condensa. Trata-se, em última análise, de proceder a um juízo de proporcionalidade.

Assim sendo, cremos que é preciso uma revisão nesse ponto, sob pena de se negar efetividade à Constituição Federal!¹⁸⁵ Ressaltamos que já se verifica uma tendência jurisprudencial nesse sentido, inclusive do Supremo Tribunal Federal.^{186”187}

XXXI.4 – Publicidade Administrativa: “A publicidade dos atos governamentais, hoje consagrada como direito fundamental dos cidadãos e dever geral do Poder Público no Brasil, é um dos pressupostos básicos para

¹⁸⁵ No mesmo sentido do que ora defendemos: “Em linha de princípio, possível seria que a edição de norma dissonante da Constituição se apresentasse como indício consubstanciador da improbidade dos agentes que concorreram para a sua edição. Afinal, agiram ao arrepio do alicerce fundamental de sua atividade. Identificada a inconstitucionalidade da norma, deveria ser perquirido, de acordo com o caso concreto, o elemento volitivo que deflagrou a ação do órgão legislativo e a finalidade almejada com a edição da norma. A partir desses elementos, seria estabelecido um critério de proporcionalidade na conduta do legislador, o que permitiria a identificação da improbidade sempre que a norma fosse absolutamente dispensável, dissociada do interesse público e a situação fática demonstrasse que o desiderato final do agente era obter benefício para si ou para outrem com a sua edição. O principal parâmetro de verificação da adequação da lei ao padrão de probidade que deve reger os atos dos legisladores consiste na observância do princípio da moralidade, o que permitirá a identificação dos vícios de uma norma aparentemente harmônica com o texto constitucional. Como já foi possível constatar, o princípio da moralidade é amplamente estudado sob a ótica dos atos administrativos, sendo torrencial a jurisprudência sobre a sua aplicação. Em que pese à aparente adstrição do princípio à referida seara, sua observância deve assumir uma amplitude compatível com a unidade do texto constitucional, regendo as demais atividades das demais funções do Estado de Direito, em especial à legislativa” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade (...), p. 445).

¹⁸⁶ “3. A moralidade, como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5º, LXXIII), tem a sua fonte por excelência no sistema de direito, sobretudo no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. A quebra da moralidade administrativa se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa, ou à finalidade da atuação administrativa. 4. No caso, tanto a petição inicial, quanto os atos decisórios das instâncias ordinárias, se limitaram a considerar “imoral” a lei que concedeu pensão especial a viúva de prefeito falecido no exercício do cargo por ter ela conferido tratamento privilegiado a uma pessoa, sem, contudo, fazer juízo algum, por mínimo que fosse, sobre a razoabilidade ou não, em face das circunstâncias de fato e de direito, da concessão do privilégio. 5. Com maior razão se mostrava indispensável um juízo sobre o elemento subjetivo da conduta, para fins de atribuir responsabilidade civil, relativamente aos demandados que exerciam o cargo de vereador, investidos, constitucionalmente, da proteção de imunidade material (=inviolabilidade) pelos votos proferidos no exercício do mandato (CF, art. 29, VIII). Se é certo que tal imunidade, inclusive para efeitos civis, é assegurada até mesmo em caso de cometimento de crime, não se há de afastá-la em casos como o da espécie, que de crime não se trata e em que sequer a intenção dolosa foi aventada. 6. Recursos extraordinários providos. (RE 405386, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26.02.2013).

¹⁸⁷ Trecho extraído do nosso livro “Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral” (op. cit, p.77-83).

a prevenção e repressão à corrupção, uma vez que o segredo é uma das características inerentes aos atos corruptos¹⁸⁸. Assim, para além da mera finalidade de dar ciência ao povo do que o governante de plantão fez ou pretende fazer, a publicidade determina ampla e irrestrita divulgação, em tempo real, das ações do administrador público, pois só com a atualidade da informação é possível que se questionem a tempo atos ilegais ou imorais voltados para a prática da corrupção.

Nesse sentido, destacam-se: a) O direito de obter informações de caráter individual ou coletivo (art.5º, XXXIII, da CF/88), regulamentado pela Lei nº12.257/2011 (Lei de Acesso à Informação), cujo artigo 32 tipifica como ato de improbidade administrativa a recusa ou o retardamento à publicidade dos atos; b) O direito de certidão, independentemente do pagamento de taxas (art.5º, XXXIV, b, da CF/88); c) O direito de petição, independentemente do pagamento de taxas (art.5º, XXXIV, a, da CF/88); d) O direito de acesso dos usuários a registros administrativos e atos de governo (art.37, p.3º, II, da CF/88); e) A obrigação de disponibilização na internet de gastos públicos (art.48-A, da LC nº101/2000).

No âmbito das contratações públicas existem diversas medidas que são manifestações inequívocas do princípio constitucional da publicidade, tais como: a) Artigo 16, da Lei nº8666/93: Será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação; b) Artigo 26, da Lei nº8666/93: As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade

¹⁸⁸ “Pode ainda ser apresentada como característica dos atos de corrupção o sigilo. Todos os agentes envolvidos no processo têm interesse que seus negócios permaneçam na penumbra, na escuridão. Eis por que todos os receituários de combate à corrupção defendem como medida efetiva de prevenção à ocorrência de atos corruptos a transparência. Ou seja, quanto mais opaco o regime jurídico, quanto maior a possibilidade de que não se divulgue o ato fraudulento, maior a possibilidade dele ser praticado.” (LUCAS ROCHA FURTADO. *As Raízes (...)*, p.42).

superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos; c) Artigo 39, da Lei nº8666/93: Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados; d) Artigo 61, parágrafo único, da Lei nº8666/93: A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

Mas não para por aí! Do princípio da publicidade decorre também o dever de transparência de todas as receitas e despesas públicas, o que também contribui fortemente na estratégia mundial anticorrupção da Organização das Nações Unidas¹⁸⁹, cuja concretização no âmbito das contratações pública ocorre por meio da implementação dos portais de transparência, que têm permitido a contento uma maior fiscalização dos negócios públicos.

¹⁸⁹ Nesse sentido, convém destacar o artigo 10, da Convenção de Mérida, segundo o qual “Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas: a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral obter, quando proceder, informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública, com o devido respeito à proteção da intimidade e dos documentos pessoais, sobre as decisões e atos jurídicos que incumbam ao público; b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões; e c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública.”

Assim, publicidade e transparência são os pressupostos fundamentais para uma atuação profícua contra a corrupção nas contratações públicas, como aponta a doutrina¹⁹⁰.¹⁹¹

XXXI.5 - Princípio da Eficiência Administrativa: “De acordo com esse princípio, incluído pela Emenda Constitucional nº19/98, a administração pública deve primar pela “produtividade elevada, pela economicidade, pela qualidade e celeridade dos serviços prestados, pela redução dos desperdícios, pela desburocratização e pelo elevado rendimento funcional”.

Funda-se tal postulado no seguinte tripé: a) Economicidade, que verifica se a despesa pública corresponde ao preço de mercado; b) Eficácia, que se preocupa com o atingimento de metas administrativas; c) Efetividade, que se preocupa com o alcance dos resultados da meta administrativa.”¹⁹²

¹⁹⁰ “A ideia de transparência, hoje, aparece como o núcleo duro de qualquer estratégia anticorrupção. Aliás, não é mera coincidência que a principal instituição mundial dedicada à luta anticorrupção carregue em seu nome a palavra. (...) O relatório do Internacional Council on Human Rights Policy (ICHRP) (2010) lembra que a transparência é a pedra-de-toque da maioria das estratégias anticorrupção, seja em relação à licitações públicas, orçamento, financiamento partidário, despesas públicas, sistema judicial ou conduta de empresas privadas, porque as oportunidades para manter arranjos corruptos, e secretos, diminui na medida em que o Estado deve informações sobre suas ações.” (ANDRÉ PIMENTEL FILHO. Op. cit. 136/139).

¹⁹¹ Texto extraído do nosso livro “*Revisão Final:MPSC*” (Op. cit. p. 1397-1400).

¹⁹² Texto extraído do nosso livro “*Revisão Final:MPSC*” (Op. cit. p.1400).

XXXII – A fixação do concurso público como a regra geral de acesso aos cargos ou empregos públicos (artigo 37, II)¹⁹³, priorizando-se a meritocracia em detrimento dos vínculos pessoais, políticos ou familiares¹⁹⁴.

Nesse tocante, cumpre destacar que o descumprimento dessa imposição “implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”(vide §2º desse mesmo artigo 37), já tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixado o entendimento de que as contratações de pessoal irregulares não estão sujeitas à preclusão¹⁹⁵.

XXXIII - O estabelecimento de um teto remuneratório no serviço público, composto por diversos subtetos nos níveis da Federação e para

¹⁹³ Sobre a contratação sem concurso público, a jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros e a própria legislação ordinária são bastante contundentes no sentido de que referida prática afigura-se inconstitucional e representa claro ato de improbidade administrativa por violação à moralidade administrativa. Nesse sentido, destacamos a Súmula Vinculante nº43, do Supremo Tribunal Federal (“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”), acórdão do Superior Tribunal de Justiça (“Em relação à contratação temporária de servidor, a jurisprudência tem se posicionado, em regra, no sentido que a contratação ou manutenção de servidores públicos sem a realização de concurso público viola os princípios que regem a Administração Pública.” - AgRg no AREsp 281.760/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 24/11/2015) e a Lei de improbidade administrativa (artigo 11 – “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”), que demonstram como o assunto é reputado grave no direito brasileiro.

¹⁹⁴ Sobre o assunto, não se pode deixar de consignar a Súmula Vinculante nº13, do Supremo Tribunal Federal (STF), que veda de maneira taxativa essa prática nociva à moralidade administrativa, in verbis:” A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

¹⁹⁵ “3. Inaplicável o art. 54 da Lei nº 9.784/1999 para estabilizar situações flagrantemente colidente com a Carta Magna, em razão do princípio da máxima eficácia das normas constitucionais (cf. RMS 54.199/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 17/10/2017). 4. “A Administração pode anular, a qualquer tempo, o ato administrativo de admissão de servidores públicos sem concurso público, não se cogitando da incidência do disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, posto que flagrantemente inconstitucional” (cf. AgRg nos EDcl no REsp 1520492/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 08/11/2016). 5. Agravo interno não provido.” (AgInt no REsp 1663023/PI, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 11/05/2018).

cada Poder, como tentativa de acabar com a imoral tradição dos “marajás” (artigo 37, XI);

XXXIV – A vedação, como regra geral, da acumulação de cargos públicos para a Administração Pública direta e indireta dos três níveis da Federação Brasileira (artigo 37, XVI)¹⁹⁶, pois, não raro, utiliza-se desse expediente para garantir desvio de verbas públicas através dos “funcionários fantasmas”;

XXXV – A expressa determinação de que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados, regra geral, mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes¹⁹⁷ (vide artigo 37, XXI);

XXVI - A proibição taxativa do uso promocional da publicidade oficial, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal do gestor de plantão, devendo a mesma ostentar apenas o caráter informativo, educativo ou de orientação social¹⁹⁸ (vide artigo 37, §1º);

¹⁹⁶ Nesse sentido, vale a pena registrar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no sentido que “*o princípio da moralidade veda aos agentes públicos cumular cargos exercidos no mesmo período do dia. Ainda que o cargo seja em comissão, exige-se do servidor a obrigatoriedade do trabalho a contento e a eficiência na atividade, contrastando com ampla e irrestrita flexibilização do horário de trabalho.*” (REsp 1204373/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/03/2011).

¹⁹⁷ Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), colhe-se que “as regras das modalidades licitatórias objetivam assegurar o respeito à economicidade da contratação, à igualdade dos licitantes, à impessoalidade e à moralidade, entre outros princípios constantes do art. 3º da Lei 8.666/93.” (AgRg no AgRg no REsp 1288585/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO -, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 09/03/2016).

¹⁹⁸ O descumprimento desse preceito constitucional, além de configurar abuso de autoridade tipificado no artigo 74, da Lei Federal nº9.504/1997 (apto a ensejar a cassação do registro ou do diploma do candidato-gestor que violar essa regra), é enquadrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como representativo de violação da moralidade administrativa (“Embargos de declaração em recurso extraordinário. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Princípio da fungibilidade recursal. 3. Ação Popular. Uso de propaganda oficial para promoção pessoal por Secretário de Estado. 4. Ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Art. 37, § 1º, da Constituição Federal 5. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” - ARE 921282 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO PUBLIC 11-02-2016) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) como ato de improbidade administrativa (“Segundo o arcabouço fático delineado no acórdão, restou claramente demonstrado o dolo, no mínimo genérico, na irregular veiculação de propaganda institucional em que atreladas as realizações do Município ao seu então alcaide e ora recorrente. Tal conduta, atentatória aos princípios da

XXXVII – A garantia de participação do usuário dos serviços públicos na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. Trata-se de regra constante do artigo 37, §3º, que foi regulamentado, recentemente, pela Lei nº13.460/2017.

XXXVIII – A previsão de que os atos de improbidade administrativa terão como consequências mínimas “a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (vide artigo 37, §4º), cuja regulamentação deu-se pela Lei Federal nº8.429/1992.

XXXIX – A determinação de que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (vide artigo 37, §5º), cuja recente interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral foi a de que apenas os atos dolosos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário são imprescritíveis¹⁹⁹.

impessoalidade, da moralidade e da legalidade, nos termos da jurisprudência desta Corte, é suficiente para configurar o ato de improbidade capitulado no art.11 da Lei nº 8.429/1992.” - REsp 1114254/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 05/05/2014).

¹⁹⁹ Eis a ementa desse relevante precedente: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado

XL – O estabelecimento da responsabilidade objetiva extracontratual do Estado pelos danos que os agentes públicos, nessa qualidade, causem a terceiros, ficando assegurado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa daqueles (artigo 37, §6º).

XLI - A proibição de percepção simultânea de aposentadorias decorrentes do serviço público, salvo os casos de acumulação de cargos permitidas (artigo 37, §10), evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito;

XLII – Concessão do direito social da irredutibilidade salarial dos servidores ocupantes de cargo público (artigo 39, §3º).

XLIII - Fixação da remuneração dos servidores mediante parcela única do subsídio, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória (artigo 39, §4º).

XLIV – A obrigação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarem anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos (artigo 39, §6º).

XLV – A estabilidade, após três anos de efetivo exercício, dos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público (artigo 41).

XLVI – A fixação de competências exclusivas ao Congresso Nacional voltadas para a efetividade do sistema de controle legislativo sobre os atos do Poder Executivo, merecendo destaque as seguintes:

na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. (RE 852475, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019)

XLVI.1 - o poder de sustar os atos que exorbitem do poder regulamentar ou da delegação legislativa (artigo 49, V);

XLVI.2 - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo (artigo 49, IX);

XLVI.3 - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (artigo 49, X);

XLVI.4 - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes (artigo 49, XI);

XLVI.5 - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão (artigo 49, XII);

XLVI.6- escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União (artigo 49, XIII);

XLVI.7 - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (artigo 49, XVII).

XLVII – A previsão de prerrogativas fiscalizatórias conferida às duas Casas do Poder Legislativo Federal, ou a qualquer de suas Comissões, no sentido de:

XLVII.1 - convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado (artigo 50, *caput*);

XLVII.2 - requisitar informações e dados aos referidos agentes, importando crime de responsabilidade a ausência, a recusa na prestação das informações sem justificação adequada, ou a falsidade das que forem enviadas (vide artigo 50, §2º);

XLVII.3 - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades

públicas (artigo 58, IV) e solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão (artigo 58, V);

XLVII.4 – instaurar Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) para a apuração de fatos certos e determinados, dentre os quais se encaixam perfeitamente os de corrupção (artigo 58, §3), como foi a famosa “CPI PC FARIAS”, que levou ao processo de *impeachment* e renúncia do então Presidente da República – e hoje Senador pelo Estado de Alagoas - Fernando Collor de Mello.

XLVIII – A prerrogativa fiscalizatória privativa da Câmara dos Deputados de proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa (artigo 51, II);

XLIX – Fixação de competências privativas ao Senado Federal alusivas a:

XLIX.1 - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (artigo 52, I);

XLIX.2 - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (artigo 52, II). Nesses dois primeiros casos, funcionará como Presidente da sessão o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (artigo 52, parágrafo único);

XLIX.3 - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de diversas autoridades com atuação anticorrupção, como: Ministros do Supremo Tribunal Federal (artigo 52, III, “a” c/c artigo 101, parágrafo único), Ministro do Superior Tribunal de Justiça (artigo 52, III, “a” c/c artigo 104, parágrafo único), Ministros do Tribunal Superior do Trabalho (artigo 52, III, “a” c/c artigo 111, §1º), Ministros do Superior Tribunal Militar

(artigo 52, III, “a” c/c artigo 123), Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República (artigo 52, III, “b”), Presidente e diretores do banco central (artigo 52, III, “d”) e Procurador-Geral da República (artigo 52, III, “e”).

XLIX.4 - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (artigo 52, V).

XLIX.6 - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 52, VI);

XLIX.7 - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal (artigo 52, VII);

XLIX.8 - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (artigo 52, VIII);

XLIX.9 - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 52, IX);

XLIX.10 - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato (artigo 52, XI).

L – A fixação de uma série de incompatibilidades para os congressistas, que tem a finalidade de manter o parlamentar focado em sua atuação e, também, impedir relações contratuais, funcionais, profissionais ou políticas que possam comprometer a sua independência (artigo 54), cujo descumprimento objetivo gera a cassação do mandato (artigo 55, I). Vejamos, pois, quais são essas incompatibilidades constitucionais dos membros do Poder Legislativo:

L.1 - Os Deputados e Senadores não poderão, desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa

concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior (artigo 54, I);

L.2 - Os Deputados e Senadores não poderão, desde a posse, a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a"; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a"; d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

LI – Complementando as hipóteses de incompatibilidades, o artigo 55 trouxe diversas hipóteses para a perda do mandato parlamentar, a saber:

LI.1 – O descumprimento das proibições do artigo 54, acima especificadas (artigo 55, inciso I);

LI.2 - A quebra do decoro parlamentar, definida pelo texto constitucional como o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional, a percepção de vantagens indevidas ou as hipóteses delineadas pelo regimento interno (artigo 55, inciso II);

LI.3 – Deixar o parlamentar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada (artigo 55, inciso III);

LI.4 - Quando o parlamentar perder ou tiver suspensos os direitos políticos (artigo 55, IV)²⁰⁰;

²⁰⁰ Sobre a hipótese, convém destacar recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), proferida no dia 08/05/2019 e em sede de repercussão geral (Recurso Extraordinário nº601.182), no sentido de que “a suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.”

LI.5 - Quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos na Constituição (artigo 55, V)²⁰¹;

LI.6 - Quando o parlamentar sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado (artigo 55, VI)²⁰².

Observe-se que existe uma dualidade de procedimento a ser adotado tendo em vista a hipótese. Assim, nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. Já quando estivermos diante de casos referentes aos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa (artigo 55, §§2º e 3º).

LII – A obrigação de prestar contas por parte de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (artigo 70, parágrafo único).

LIII – A previsão de que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo²⁰³, e pelo

²⁰¹ Uma das hipóteses possíveis é exatamente a procedência da ação de impugnação ao mandato eletivo (AIME), prevista no artigo 14, §10, da Constituição Federal e que consta do rol de mandados constitucionais anticorrupção ora sob estudo.

²⁰² Convém destacar que existe divergência entre as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal quanto à eficácia imediata da decisão criminal condenatória, isto é, se depende de algum juízo por parte da Casa Legislativa. Remetemos o leitor para o tópico a seguir, que trata dos efeitos da condenação criminal nos crimes funcionais, em que apresentamos detalhadamente as posições hoje existentes na Corte.

²⁰³ O controle externo realizado pelo Poder Legislativo sobre os demais Poderes, por constituir uma exceção ao postulado da separação de poderes, deve ficar restrito às hipóteses previstas na Constituição Federal. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, a) e representação por inconstitucionalidade

sistema de controle interno de cada Poder (artigo 70), sendo que, nessa árdua tarefa anticorrupção, contará o Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União, que é órgão constitucional independente e sem qualquer vínculo orgânico com os demais Poderes²⁰⁴.

LIV – A fixação de diversas competências anticorrupção (não-exaustivas)²⁰⁵ ao Tribunal de Contas da União, a saber (artigo 71):

estadual (CF, art. 125, § 2º). A eventual reprodução ou imitação, na Constituição do Estado-membro, de princípio ou regras constitucionais federais não impede a arguição imediata perante o Supremo Tribunal da incompatibilidade direta da lei local com a Constituição da República; ao contrário, a proposição aqui da ação direta é que bloqueia o curso simultâneo no Tribunal de Justiça de representação lastreada no desrespeito, pelo mesmo ato normativo, de normas constitucionais locais: precedentes. II. Separação e independência dos Poderes: pesos e contrapesos: imperatividade, no ponto, do modelo federal. 1. Sem embargo de diversidade de modelos concretos, o princípio da divisão dos poderes, no Estado de Direito, tem sido sempre concebido como instrumento da recíproca limitação deles em favor das liberdades clássicas: daí constituir em traço marcante de todas as suas formulações positivas os "pesos e contrapesos" adotados. 2. A fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é um dos contrapesos da Constituição Federal à separação e independência dos Poderes: cuida-se, porém, de interferência que só a Constituição da República pode legitimar. 3. Do relevo primacial dos "pesos e contrapesos" no paradigma de divisão dos poderes, segue-se que à norma infraconstitucional - aí incluída, em relação à Federal, a constituição dos Estados-membros -, não é dado criar novas interferências de um Poder na órbita de outro que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República. 4. O poder de fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é outorgado aos órgãos coletivos de cada câmara do Congresso Nacional, no plano federal, e da Assembléia Legislativa, no dos Estados; nunca, aos seus membros individualmente, salvo, é claro, quando atuem em representação (ou apresentação) de sua Casa ou comissão. III. Interpretação conforme a Constituição: técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição. (ADI 3046, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2004, DJ 28-05-2004 PP-00492 EMENT VOL-02153-03 PP-00017 RTJ VOL-00191-02 PP-00510).

²⁰⁴ O Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou assim: "Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanção que resulta, primariamente, da própria Constituição da República." (ADI 4190 MC-REF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010).

²⁰⁵ Nesse sentido, convém referenciar que a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União previu a possibilidade de concessão de medidas cautelares não previstas na Constituição Federal, tais como afastamento de agente público do cargo (artigo 273), decretação de indisponibilidade dos bens dos responsáveis (artigo 274) e a suspensão de ato administrativo ou procedimento, tendo o Supremo Tribunal Federal julgado constitucional esse procedimento (vide MS 33092, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 14-08-2015 PUBLIC 17-08-2015). Aliás, o próprio Tribunal Excelso publicou verbete sumular trazendo outra previsão não contida no rol constitucional, a saber: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público." (Súmula 347).

LIV.1 - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento (artigo 71, I);

LIV.2 - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (artigo 71, II);

LIV.3 - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório (artigo 71, III);

LIV.4 - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II (artigo 71, IV);

LIV.5 - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo (artigo 71, V);

LIV.6 - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município (artigo 71, VI);

LIV.7 - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas (artigo 71, VII);

LIV.8 - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá,

entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário (artigo 71, VIII);

LIV.9 - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (artigo 71, IX);

LIV.10 - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito (artigo 71, X c/c §§1º e 2º).

LIV.11 - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (artigo 71, XI).

LIV.12 – emitir, à pedido da Comissão Mista de Senadores e Deputados Federais responsável pela análise das leis orçamentárias relatório conclusivo sobre suspeitas de despesas não autorizadas, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados (artigo 72, §2º).

LV – A obrigatoriedade da existência de controle interno, no âmbito de todos os Poderes da União, com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União, bem como apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Além disso, restou consignado que os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela

darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária (artigo 74).

LVI – A expressa menção de que as regras de controle fixadas na Constituição Federal para o Tribunal de Contas aplicam-se compulsoriamente aos seus congêneres de âmbito estadual ou municipal²⁰⁶, garantido, assim um perfil anticorrupção homogêneo, pelo menos do ponto de vista formal.

LVII – A fixação de “competências privativas” (na verdade, são atribuições políticas ou administrativas) do Presidente da República que possuem relação direta com a ação estatal anticorrupção, a saber:

LVII.1 - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal (artigo 84, II);

LVII.2 – prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior (artigo 84, XXIV);

²⁰⁶ O Supremo Tribunal Federal (STF) já declarou inconstitucional normas que divergem do modelo federal de atuação das Cortes de Contas e dos “poderes” do Legislativo sobre às suas decisões: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado do Tocantins. Emenda Constitucional nº 16/2006, que criou a possibilidade de recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembleia Legislativa, das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base em sua competência de julgamento de contas (§5º do art. 33) e atribuiu à Assembleia Legislativa a competência para sustar não apenas os contratos, mas também as licitações e eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 19, inciso XXVIII, e art. 33, inciso IX e § 1º). 3. A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes. 4. No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, inciso I, CF/88; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, inciso II, CF/88. Precedentes. 5. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. Precedentes. 6. A Constituição Federal dispõe que apenas no caso de contratos o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional (art. 71, § 1º, CF/88). 7. Ação julgada procedente. (ADI 3715, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

LVIII – A tipificação como crime de responsabilidade do Presidente da República²⁰⁷ qualquer conduta que atente contra a Constituição Federal e, especialmente, contra (artigo 85, *caput*):

LVIII.1 - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação (artigo 85, II);

LVIII.2 - a probidade na administração (artigo 85, V);

LVIII.3 – a lei orçamentária (artigo 85, VI).

LIX – Estabelecimento de regras, garantias e vedações funcionais específicas para a Magistratura e o Ministério Público voltadas a permitir uma atuação isenta, firme e justa dos seus membros no combate à corrupção, tais como (artigo 129, §4º):

LIX.1 – ingresso na carreira somente mediante concurso público de provas e títulos, acabando com as tradicionais indicações baseadas em função de motivos nada condizentes com o republicanismo, tais como vínculos pessoais, financeiros ou políticos (artigo 93, I, c/c artigo 129, §3º);

LIX.2 - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado (artigo 95, I c/c artigo 128, §5º, I, “a”).

²⁰⁷ “(...) 2) Crime de responsabilidade ou impeachment, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de impeachment exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de *contraditio in terminis*. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto em seu artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar. 3) Estando o processo em fase de execução de sentença condenatória, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o prosseguimento da execução. O Tribunal, por unanimidade, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem.” (STF, Pet 3923 QO, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008).

LIX.3 - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII, segundo o qual o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado ou membro do Ministério Público, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa (artigo 95, II c/c artigo 128, §5º, I, “b”).

LIX.4 - irredutibilidade de subsídio (artigo 95, III c/c artigo 128, §5º, I, “c”).

LIX.5 -receber, a qualquer título ou pretexto, custas, honorários, custas processuais ou participação em processo (artigo 95, parágrafo único, II, c/c artigo 128, §5º, II, “a”).

LIX.6 - dedicar-se à atividade político-partidária (artigo 95, parágrafo único, III, c/c artigo 128, §5º, II, “e”).

LIX.7 - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei (artigo 95, parágrafo único, IV, c/c artigo 128, §5º, II, “f”).

LIX.8 - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração (artigo 95, parágrafo único, V, c/c artigo 128, §6º).

LIX.9 – O estabelecimento da independência funcional dos membros do Ministério Público como princípio institucional fundamental expresso de atuação do *Parquet* (artigo 127, §1º), o que impede aos órgãos correccionais qualquer tentativa de controle na atividade fim de Promotores de Justiça e Procuradores da República quando atuem na prevenção ou repressão à corrupção²⁰⁸.

²⁰⁸ Esse é o teor do Enunciado nº06, da jurisprudência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão de controle com atuação nacional: “Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório dizem respeito à atividade finalística, não podendo ser revistos ou desconstituídos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pois, embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no art. 130-A, § 2º, inciso II, CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da Instituição.”

LIX.10 – A garantia de que o Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (artigo 127, §3º), conferindo a Instituição que detém o monopólio da ação penal nos crimes de corrupção não fique de “pires na mão” junto ao Chefe do Poder Executivo, que, inclusive, só pode nomear como Procurador-Geral nos Estados e no Distrito Federal um dos integrantes da lista tríple formada após eleição realizada pela própria classe em votação interna (artigo 128, §3º)²⁰⁹.

LIX.11 – A fixação como função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil, para a proteção do patrimônio público²¹⁰.

Tamanha a relevância dessa função institucional do *Parquet* que se lhe assegura o acesso direto às contas bancárias dos entes públicos

²⁰⁹ Tal sistemática de vinculação do Chefe do Poder Executivo à lista tríple não é constitucional ou legal no âmbito da escolha do Procurador-Geral da República, que pode recair sobre qualquer membro que preencha os requisitos do artigo 128, §1º, do Texto Supremo. Nesse ponto, deve-se fazer justiça aos governos “petistas” de Lula e Dilma, que, apesar de submersos em diversos escândalos de corrupção, sempre respeitaram o membro mais votado da lista tríple formada em eleição informal e tradicional realizada pela Associação dos Procuradores da República (ANPR). A importância da escolha do mais votado é inquestionável para a isenção *a priori* do chefe do Ministério Público, pois dispensa que os candidatos façam o “beija-mão” ou adiram ao “topa tudo” para conseguirem a sua nomeação. Observe-se que o atual Presidente da República, Sr. Jair Messias Bolsonaro, já disse que não sabe se seguirá a lista para a indicação do próximo Procurador-Geral da República, que ocorrerá no final de 2019.

²¹⁰ Nesse ponto, vale a pena mencionar o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: “O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública (ACP) que vise anular ato administrativo de aposentadoria que importe em lesão ao patrimônio público. O Plenário, com base nessa orientação, negou provimento ao recurso extraordinário (Tema 561 da repercussão geral) no qual se discutia a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ACP para, com fundamento na proteção do patrimônio público, questionar ato administrativo que transfere para a reserva servidor militar, com vantagens e gratificações que, além de ultrapassarem o teto constitucional, são inconstitucionais. De acordo com o Colegiado, o Ministério Público ostenta legitimidade para a tutela coletiva destinada à proteção do patrimônio público. (...) A Constituição reserva ao *Parquet* ampla atribuição no campo da tutela do patrimônio público, interesse de cunho inegavelmente transindividual, preservada, entretanto, a atuação do próprio ente público prejudicado (CF, art. 129, § 1º). Ao ajuizar ação coletiva para a tutela do erário, o Ministério Público não age como representante da entidade pública, e sim como substituto processual de uma coletividade indeterminada, é dizer, a sociedade como um todo, titular do direito à boa administração do patrimônio público, da mesma forma que qualquer cidadão poderia fazê-lo por meio de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII). O combate em juízo à dilapidação ilegal do erário configura atividade de defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e do patrimônio público, funções institucionais atribuídas ao Ministério Público pela Constituição. Entendimento contrário não apenas afronta a textual previsão da Carta Magna, mas também fragiliza o sistema de controle da Administração Pública, visto que a persecução de atos atentatórios à probidade e à moralidade administrativas recairia no próprio ente público no bojo do qual a lesão tiver ocorrido.” (RE 409.356, rel. min. Luiz Fux, j. 25-10-2018, P, *Informativo* 921, Tema 561).

(independentemente de ordem judicial), bem como a informação da destinação dada a qualquer verba pública, inclusive, com a identificação dos beneficiários e a posterior movimentação financeira²¹¹.

LIX.12 - A competência privativa dos Tribunais para elegerem seus órgãos diretivos sem qualquer ingerência dos demais Poderes e elaborarem os seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (artigo 96, I, “a”). Complementando essa autonomia administrativa, ainda há a previsão de reserva de iniciativa ao Poder Judiciário dos projetos de lei atinentes a organização judiciária do Estado (artigo 96, II, “d”), cuja interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece a

²¹¹ EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Ação penal. Associação criminosa, fraude a licitação, lavagem de dinheiro e peculato (arts. 288 e 313-A, CP; art. 90 da Lei nº 8.666/93; art. 1º da Lei nº 9.613/98 e art. 1º, I e II, do DL nº 201/67). Trancamento. Descabimento. Sigilo bancário. Inexistência. Conta corrente de titularidade da municipalidade. Operações financeiras que envolvem recursos públicos. Requisição de dados bancários diretamente pelo Ministério Público. Admissibilidade. Precedentes. Extensão aos registros de operações bancárias realizadas por particulares, a partir das verbas públicas creditadas naquela conta. Princípio da publicidade (art. 37, caput, CF). Prova lícita. Recurso não provido. 1. Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao tratar de requisição, pelo Tribunal de Contas da União, de registros de operações financeiras, “o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos” (MS nº 33.340/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 3/8/15). 2. Assentou-se nesse julgado que as “operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal (...)”. 3. O Supremo Tribunal Federal reconheceu ao Ministério Público Federal o poder de requisitar informações bancárias relativas a empréstimos subsidiados pelo Tesouro Nacional, ao fundamento de que “se se trata de operação em que há dinheiro público, a publicidade deve ser nota característica dessa operação” (MS nº 21.729/DF, Pleno, Relator para o acórdão o Ministro Néri da Silveira, DJ 19/10/01). 4. Na espécie, diante da existência de indícios da prática de ilícitos penais com verbas públicas, o Ministério Público solicitou diretamente à instituição financeira cópias de extratos bancários e microfilmagens da conta corrente da municipalidade, além de fitas de caixa, para a apuração do real destino das verbas. 5. O poder do Ministério Público de requisitar informações bancárias de conta corrente de titularidade da prefeitura municipal compreende, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias realizadas por particulares, a partir das verbas públicas creditadas naquela conta. 6. De nada adiantaria permitir ao Ministério Público requisitar diretamente os registros das operações feitas na conta bancária da municipalidade e negar-lhe o principal: o acesso ao real destino dos recursos públicos, a partir do exame de operações bancárias sucessivas (v.g., desconto de cheque emitido pela Municipalidade na boca do caixa, seguido de transferência a particular do valor sacado). 7. Entendimento em sentido diverso implicaria o esvaziamento da própria finalidade do princípio da publicidade, que é permitir o controle da atuação do administrador público e do emprego de verbas públicas. 8. Inexistência de prova ilícita capaz de conduzir ao trancamento da ação penal. 9. Recurso não provido. (STF, RHC 133118, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 08-03-2018 PUBLIC 09-03-2018).

inconstitucionalidade de qualquer emenda parlamentar no sentido de modificar as competências internas fixadas pelos regimentos internos para o julgamento de Prefeitos nos crimes de responsabilidade fixados pelo artigo 1º, do Decreto-Lei nº201/1967²¹².

LX – A fixação da defesa da concorrência e do consumidor como princípios gerais da atividade econômica (artigo 170, IV e V), merecendo destacar a determinação constitucional de que “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (artigo 173, §4º), bem como que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”(artigo 173, §5º).

LXI - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição Federal (artigo 220):

²¹² Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA QUE ATRIBUI AO ÓRGÃO PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA A COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DOS PREFEITOS PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (ART. 29, X, DA CF). EMENDA PARLAMENTAR A PROJETO DE LEI DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DO AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA (ART. 96, I, ALÍNEA “A”, E II, ALÍNEA “D”). AÇÃO PROCEDENTE. 1. A modificação da norma impugnada, desde que observada a continuidade normativa do conteúdo questionado, além do oportuno aditamento da petição inicial, não impede o conhecimento da ação direta. Precedentes. 2. Compete aos Tribunais da República a edição de atos normativos internos para a sua organização e administração, como expressão da autonomia que a Constituição lhes confere (art. 96, I, “a”, da CF). 3. Uma vez atribuída aos Tribunais de Justiça a competência para o julgamento dos Prefeitos pela prática de crimes comuns, aí incluídos os crimes de responsabilidade impróprios (art. 1º do Decreto-lei 201/1967), incumbe a essas Cortes definir, em seus respectivos regimentos, o órgão interno responsável pela instrução e julgamento dessas ações. 4. É inválida a inclusão de norma com conteúdo próprio à disciplina dos regimentos internos dos Tribunais, por emenda parlamentar, ao projeto de lei apresentado pelo Tribunal de Justiça com o propósito de dispor sobre a organização judiciária do Estado, uma vez que violada a reserva de iniciativa disposta no art. 96, II, “d”, da CF, prevalecendo a previsão do Regimento Interno que comete aos órgãos fracionários do Tribunal (Câmaras Criminais) a competência para julgamento dos prefeitos. 5. Ação direta julgada procedente. (ADI 3915, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018).

LXI.1 - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV (artigo 220, §1º).

LXI.2 - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (artigo 220, §2º).

LXI.3 - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio (artigo 220, §5º).

LXI. 4 - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade (artigo 220, §6º).

LXII – Com vistas a evitar a corrupção na área ambiental, o constituinte determinou que:

LXII.1 - Para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, será exigido, na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (artigo 225, §1º, IV), cujo descumprimento configura crime ambiental (artigo 60, da Lei nº9.605/1998)²¹³.

LXII.2 - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais²¹⁴ e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (artigo 225, §3º).

Enfim, esses são os mandados constitucionais anticorrupção que se extraem do Texto Supremo de 1988 e que irradiam para todo o ordenamento jurídico, ora nas atividades privadas, ora nas públicas.

²¹³ Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

²¹⁴ A Lei Federal nº9.605/1998 disciplina a responsabilização penal da pessoa jurídica e da pessoa física nos delitos ambientais.

3. Os Tratados e Convenções Internacionais Anticorrupção como Normas Jurídicas Reforçadas e a Tutela Mínima Anticorrupção do Direito Brasileiro.

Uma vez apresentada a estrutura normativa superior anticorrupção do Direito Brasileiro, é importante deixar consignado que os paradigmas constitucionais acima citados são complementados, logo em seguida, pelas Convenções Internacionais atinentes ao assunto.

Referidos instrumentos, como se sabe, concretizam o pensamento global sobre as medidas reputadas mais idôneas e eficazes na luta anticorrupção, sendo relevante destacar que, ao serem subscritas pelo Chefe do Executivo, ratificadas e incorporadas à ordem jurídica nacional pelo Poder Legislativo, são validadas juridicamente como as premissas normativas que devem nortear a atuação futura do país nesse campo, seja na esfera administrativa, investigativa, judicial e, quiçá, legislativa.

Dentre todas, as mais importantes e significativas são as seguintes (apresentadas em ordem cronológica de incorporação ao Direito Brasileiro):

I - Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno Transnacional, aprovada em 17/12/1997 e promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº3678, de 30/11/2000;

II - Convenção Interamericana Contra a Corrupção, aprovada em 29/03/1996 e promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº4410, de 07/10/2002;

III - Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”), promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº5015, de 12/03/2004;

IV - Convenção da ONU contra a Corrupção (“Convenção de Mérida”), aprovada em 31/10/03 e promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº5687, de 31/01/06.

O conhecimento amiúde desses diplomas é de fundamental importância, pois eles trazem princípios, regras de estruturação e de atuação específicas decorrentes da experiência internacional no enfrentamento à corrupção e que,

por isso mesmo, gozam da presunção de aptidão para serem implementadas em nível global.

Aliás, é importante ter-se em conta que, da conjugação normativa entre os mandados constitucionais anticorrupção e os Tratados Internacionais correlatos ratificados pelo Brasil, surge uma verdadeira “cláusula de segurança” ou “tutela mínima anticorrupção”, cuja eficácia inibitória restringe (na verdade, impossibilita) a aplicação de medidas legislativas internas supervenientes que enfraqueçam ou anulem as regras atuais do sistema brasileiro anticorrupção incorporadas via Direito Internacional²¹⁵.

Assim, só se admite que haja o reforço legislativo para combater a corrupção, nunca um afrouxamento voltado a excluir ou flexibilizar as normas anticorrupção que sejam decorrentes diretamente de imposições constitucionais ou convencionais²¹⁶. Trata-se, por assim dizer, de uma verdadeira proibição de

²¹⁵ Essa conclusão inicial deflui do disposto no artigo 65, n°2, da Convenção da ONU de combate à corrupção (“Convenção de Mérida”), que foi incorporada ao Direito Brasileiro pelo Decreto n°5687, de 31/01/2006. Senão, vejamos: “Aplicação da Convenção 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas que sejam necessárias, incluídas medidas legislativas e administrativas, para garantir o cumprimento de suas obrigações de acordo com a presente Convenção. 2. Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção.

²¹⁶ “Vige aqui a norma *pacta sunt servanda*, universalmente reconhecida como norteadora dos compromissos exteriores do Estado, e expressamente estabelecida pelo art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual todo tratado em vigor ‘obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.’ Em suma, em razão de todos os argumentos expostos, não se tem dúvida de que os tratados internacionais *comuns* em vigor no Brasil guardam nível *supralegal* na nossa ordem jurídica. Conquanto cedam perante a Constituição – inclusive por força do preceito constitucional que sujeita os tratados à fiscalização de sua constitucionalidade (art. 102, inc. III, alínea *b*) –, os tratados comuns não podem ser revogados por lei interna posterior, sob pena de responsabilidade internacional do Estado. (...) Dúvidas poderiam surgir quanto à consideração de serem os tratados *comuns* instrumentos de nível *supralegal* no Brasil. Poderia se objetar não ter a Constituição disciplinado em todos os casos a hierarquia desses tratados em confronto com as demais leis da República (exceção encontra-se no art. 178, já referido à prevalência dos tratados sobre transporte aéreo, aquático ou terrestre). Mas, basta verificar, num estudo comparativo, alguns dispositivos legais brasileiros para concluir que o nosso sistema jurídico privilegia a superioridade de quaisquer tratados na ordem jurídica interna. Um desses dispositivos é o art. 5° do Código Penal Brasileiro, que desde 1940 acolhe essa tese, assim estatuiu: ‘Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional’. Essa orientação da lei penal brasileira, de superioridade dos tratados internacionais em relação à legislação infraconstitucional, foi seguida e reafirmada em 1941, também pelo Código de Processo Penal, que deixou assente, no seu art. 1°, inc. I, que o ‘processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados os tratados, as convenções e regras de direito internacional.’ Assim o fazendo, tal disposição quis dar claramente aos tratados internacionais, em matéria processual penal, um *status* normativo superior à sua própria hierarquia. Ou seja, se o direito processual penal, no Brasil, rege-se pelo Código de Processo Penal, ressalvados os

retrocesso, que encontra fundamento claro no artigo 60, §4º, da atual Constituição Federal²¹⁷ (para as hipóteses em que os mandados constitucionais anticorrupção estão formalmente no rol dos direitos e garantias individuais) e nos artigos 27²¹⁸ e 46²¹⁹, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²²⁰ (para os demais casos)²²¹.

Além dos fundamentos acima citados, não podemos deixar de referenciar o artigo 98, do Código Tributário Nacional, segundo o qual “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela lei que lhes sobrevenha.” Ora, sabe-se que nesse campo existem diversos instrumentos (inclusive de cooperação internacional)

tratados, as convenções e regras de Direito Internacional, é porque tais instrumentos e regras de direito das gentes prevalecem sobre a legislação infraconstitucional, em relação a tais matérias. E se prevalecem às regras do Código, é porque, evidentemente estão acima delas.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Forense, 12ª edição, 2019, pp. 316,317 e 322).

²¹⁷ Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

²¹⁸ Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

²¹⁹ Artigo 46. Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados. 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.

²²⁰ Referido documento internacional foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro sem reservas nesse aspecto, como se vê no Decreto nº 7.030, de 14/12/2009.

²²¹ “A questão em apreço é polêmica, e seu tratamento reveste-se de grande importância, em função do relevo que o Direito Internacional vem adquirindo como marco que visa a disciplinar o atual dinamismo das relações internacionais, dentro de parâmetros que permitam que estas se desenvolvam num quadro de estabilidade e de obediência a valores aos quais a sociedade internacional atribui maior destaque. (...) Aparentemente, o modelo de celebração de tratados adotado pelo Brasil também herdou uma característica do monismo nacionalista, visto que o ordenamento jurídico brasileiro, mormente a Constituição da República, comanda a celebração de tratados pelo Brasil e define a norma que deve prevalecer em caso de conflito. Entretanto, nesse ponto, a ordem jurídica pátria vem atribuindo crescente importância à norma internacional, que em diversas hipóteses prevalecerá frente à lei ordinária brasileira e, em um caso bem particular, se equipará à própria norma constitucional.” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário*. Salvador: JusPodivm, 9ª edição, 2017, p.50-53).

que facilitam a investigação e punição dos atos de corrupção, como quebra de sigilos bancário e fiscal, compartilhamento de informações entre as instituições governamentais etc, o que levou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a decidir exatamente nos termos do que defendemos nesse trabalho, isto é, pela superioridade hierárquica (pelo menos do ponto de vista material) das regras anticorrupção decorrentes do Direito Internacional e com as quais o Brasil se comprometeu a respeitar e implementar²²².

Essa conclusão (de prevalência das normas constitucionais e convencionais anticorrupção sobre as demais leis) pode ser reforçada se adotarmos a corrente doutrinária que propugna a existência de um novo direito fundamental: o de uma gestão pública livre da corrupção ou um “direito anticorrupção”²²³, que estaria, no nosso sentir, inserido na sexta geração dos direitos fundamentais²²⁴. Isso porque, nesse caso, os tratados internacionais sobre a prevenção e repressão à corrupção (por versarem sobre direitos fundamentais) teriam eficácia supralegal²²⁵, de modo que a legislação ordinária

²²² “7. A antinomia supostamente existente entre a norma da convenção e o direito tributário interno resolve-se pela regra da especialidade, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional. 8. O art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio *lex specialis derogat generalis*, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção. 9. A norma interna perde a sua aplicabilidade naquele caso específico, mas não perde a sua existência ou validade em relação ao sistema normativo interno. Ocorre uma “revogação funcional”, na expressão cunhada por HELENO TORRES, o que torna as normas internas relativamente inaplicáveis àquelas situações previstas no tratado internacional, envolvendo determinadas pessoas, situações e relações jurídicas específicas, mas não acarreta a revogação, *stricto sensu*, da norma para as demais situações jurídicas a envolver elementos não relacionadas aos Estados contratantes.” (STJ, REsp 1161467/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 01/06/2012).

²²³ FILHO, André Pimentel. (Uma) Teoria da Corrupção – Corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.110-111.

²²⁴ “Os direitos fundamentais de sexta geração correspondem à democracia, à liberdade de informação, ao direito de informação e ao pluralismo. A democracia é um direito fundamental, porque o arbítrio não se irmana com o regime das liberdades públicas, que se opõe à força, à brutalidade, ao abuso de poder. O direito de informação, por sua vez, é outra liberdade pública da coletividade. Não se personifica, muito menos se dirige a sujeitos determinados. Conecta-se à a liberdade de informação, porque todos, sem exceção, têm a prerrogativa de informar e de ser informado.” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso (...)*, p.532).

²²⁵ Essa é a linha dos Tribunais Superiores: “Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, “o que significa dizer que toda lei

sobre o tema lhe deveria obediência, sob pena de invalidação mediante controle de convencionalidade²²⁶.

Aceita essa premissa inicial como válida, deve-se trazer à baila o questionamento quanto à possibilidade dos titulares dos Poderes deixarem de cumprir leis anticorrupção que venham a flexibilizar indevidamente o sistema anticorrupção como um todo²²⁷

Um exemplo pode clarificar bem a hipótese. Suponha-se o caso de uma lei que autorizasse a contratação sem concurso público de um número determinados de parentes do Chefe do Executivo ou uma lei que autorizasse o uso de bens públicos em campanhas eleitorais²²⁸.

antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade." (STJ, REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017).

²²⁶ "A consagração da prevalência hierárquica das normas internacionais de direitos humanos frente à legislação ordinária vem tornando mais frequente o emprego da expressão 'controle de convencionalidade', para aludir à possibilidade de que o ordenamento interno ordinário brasileiro seja avaliado não só no tocante a sua conformidade com a ordem constitucional, mas também com os tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte." (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional (...)*, p.135).

²²⁷ "No regime brasileiro da sanção de nulidade, é plenamente possível os Poderes Públicos deixarem de aplicar as leis que os seus órgãos decisórios reputarem inconstitucionais, sem prejuízo de posterior exame pelo Judiciário. Desde os idos de 1964 que esse entendimento tem prevalecido nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Na vigência da Carta de 1967, o Supremo também decidiu que o Executivo pode, e até deve, negar-se a cumprir as leis e os atos normativos reputados inconstitucionais. Após o advento da Constituição de 1988, muito se questionou a subsistência desse entendimento pretoriano, tendo em vista que o Presidente da República, os Governadores de Estado e os prefeitos municipais lograram competência para ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade (art.103, I e IV; e art.125, §2º). O certo é que o raciocínio dantes formulado pelo Supremo Tribunal Federal permaneceu intacto com o surgimento do Texto de 1988. Assim, os titulares do poder – e não os seus agentes – podem deixar de aplicar, no âmbito da Administração, leis ou atos normativos reputados inconstitucionais. Pela jurisprudência da Corte Suprema, portanto, o titular do poder, no âmbito do exercício discricionário de suas atribuições, ao certificar-se que uma norma agride, material ou formalmente, a constituição, não deve aplicá-la, assumindo os riscos daí decorrentes, sob pena de ferir, *sponte sua*, a própria manifestação do constituinte originário. (...) Na doutrina, o tema divide opiniões. Com o surgimento da Constituição de 1988, a maioria da doutrina continuou aderindo à tese vitoriosa de que os Poderes Públicos podem e devem negar o cumprimento das leis que reputarem inconstitucionais (Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, p. 538; Ivo Dantas, *O valor da Constituição*, p.159-165; Luís Roberto Barroso, Poder Executivo – lei inconstitucional – descumprimento, *RDA*, 181-182:387. No direito comparado: Maria Teresa de Melo Ribeiro, *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*, p.138-149)." (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso (...)*, p.175-176).

²²⁸ Esse último exemplo, aliás, consta do artigo 73, §2º, da Lei nº9.504/97 ("Lei das Eleições"), que autoriza o Presidente da República a usar, na sua campanha à reeleição, transporte oficial. Tal disposição é objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da ADI

Observe-se que não estamos defendendo uma imutabilidade permanente do sistema anticorrupção, já que aperfeiçoamentos são sempre bem-vindos e necessários com o passar do tempo. Nessa perspectiva, alterações redacionais voltadas para o alargamento horizontal (criação de novas modalidades típicas de corrupção), o alargamento vertical (aumento de penas), ou até mesmo para clarificar alguma dubiedade que o texto legal contenha são perfeitamente possíveis e desejáveis. A mesma linha de pensamento deve ser adotada para as modificações legislativas referentes ao procedimento investigatório e ao processo judicial, pois, com a crescente globalização, não é raro surgirem novas formas de se praticar os atos de corrupção, o que exige por consequência novos métodos de investigação e de procedimentos judiciais voltados para o desbaratamento e punição dos mesmos, a tempo de uma duração razoável.

O que não se pode aceitar como juridicamente possível é que leis posteriores violem a diretriz constitucional e internacional que o Brasil assumiu junto ao seu povo (no primeiro caso) e à comunidade internacional (no segundo) de fortalecer as estruturas de prevenção e repressão à corrupção²²⁹.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou nesse sentido²³⁰, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.390/DF. No

1805/DF, que teve sua medida cautelar indeferida. Maiores informações em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1700204>, acessado no dia 03/05/2019, às 23:32 horas.

²²⁹ “Matthew Murray e Andrew Spalding, em artigo intitulado *‘Freedom from Official Corruption as a Human Right’*, defendem a ideia de que o direito de viver em um ambiente livre de corrupção deveria figurar entre os direitos humanos, apresentando, em defesa desta tese, quatro argumentos. (...) O segundo argumento de Murray e Spalding é de que a elevação de *status* colocaria as leis que tratam de corrupção à frente de outras, eis que, quando os direitos humanos são violados, a comunidade internacional fica obrigada a agir. (...) As implicações práticas dessa categorização seriam imediatas na legislação de qualquer país, pois todo o arcabouço normativo de combate à corrupção passaria a ser interpretado e aplicado a partir de um novo contexto: Como principais diretrizes principiológicas e interpretativas, relativas aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, decorrentes da dupla conjugação de caráter subjetivo e objetivo, destacam-se, como exemplos, a imprescritibilidade, a aplicabilidade imediata, a imunidade em relação ao legislador infraconstitucional, o caráter pético desses direitos, a interpretação aberta e extensiva, a não taxatividade ou não limitação; a proteção integral etc.” (ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial – Um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.88-89).

²³⁰ “Ressalta-se, ainda, que o acesso às informações bancárias pela Administração é relevante não só para coibir os casos de sonegação fiscal, mas também para o combate às organizações criminosas, às fraudes do comércio exterior e às condutas caracterizadoras de concorrência desleal. Mais recentemente, tem-se mostrado instrumento essencial no combate à corrupção no

voto do relator, consta que os instrumentos legais brasileiros referentes ao acesso direto das informações bancárias e fiscais pelas entidades fiscalizatórias são constitucionais e que não poderia haver decisão em sentido contrário, haja vista os mesmos serem fundamentais para o combate de diversos delitos (dentre eles a corrupção) e decorrerem dos diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.”

Não bastasse tudo isso, cumpre ainda ressaltar que incide no ponto o princípio da proporcionalidade, em sua vertente da proibição da proteção deficiente, que impõe ao Poder Público uma ação sempre para frente, isto é, em caráter evolutivo na defesa dos direitos fundamentais²³¹. E, ainda que não se adote a linha do “direito anticorrupção” como sendo de natureza fundamental, é fato inconteste que uma ação ineficiente do Estado põe em risco os demais direitos fundamentais tradicionais, em especial os de caráter social, que

país e aos crimes de lavagem de dinheiro, dentre tantos outros delitos. Atente-se que o Brasil assumiu compromissos internacionais relativos à transparência e ao intercâmbio de informações financeiras para fins tributários e de combate à movimentação de dinheiro de origem ilegal no mundo.” (...) “O autor em referência observa que tais legislações se inserem num quadro que compreende não só o enfrentamento da evasão fiscal, mas também o combate a práticas criminosas que envolvem a circulação internacional de dinheiro de origem ilícita, tais como o narcotráfico, o crime organizado, a lavagem de dinheiro e o terrorismo. Considerando o cenário internacional aqui exposto, fica claro que eventual declaração de inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001 poderia representar um retrocesso de nosso país em matéria de combate à sonegação fiscal e a uma séria de crimes que envolvem a circulação internacional de dinheiro de origem ilícita. Tenho, por tudo quanto abordado no presente tópico, que a atuação fiscalizatória traçada nos arts. 5º e 6º da LC nº 105/01 e em seus decretos regulamentadores (Decretos nº 3.724/2001 e nº 4.489/2002) não encerra inconstitucionalidade; ao contrário, retrata o pleno cumprimento dos comandos constitucionais e dos compromissos internacionais assumidos nessa seara pela República Federativa do Brasil.” Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CORRUP%C7%C3O+E+RETROCESSO%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/yxk39cfm>, e acessado no dia 04/05/2019, às 07:52 horas.

²³¹ “Há, porém, um outro lado da protecção que, em vez de salientar o excesso, releva a proibição por defeito (Untermassverbot). Existe um defeito de protecção quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção (Schutzpflicht) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e suficiente dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003, p.273).

reclamam os recursos públicos desviados pela corrupção para a sua efetivação²³².

Aliás, nessa área, não podemos de consignar como atentatória a essa lógica a recente iniciativa legislativa implementada por Comissão da Câmara dos Deputados²³³, no sentido de proibir que auditores da Receita Federal do Brasil compartilhem com o Ministério Público informações alusivas à detecção de movimentações indicativas de atos de corrupção ou de lavagem de dinheiro. Pretende-se que, doravante, que os auditores só atuem na apuração de crimes fiscais²³⁴.

Outros exemplos (teóricos e práticos) não faltam para consolidarmos nossa tese. Citemos alguns: a) emenda constitucional que retire a possibilidade de ajuizamento da ação popular pelo cidadão, restringindo a legitimidade ativa de qualquer forma; b) emenda constitucional que permita sucessivas reeleições para o Poder Executivo do atual ocupante da chefia ou que autorize a

²³² Nesse sentido, “uma nova pesquisa do Fundo Monetário Internacional (FMI) mostra que reduzir a corrupção geraria um adicional de US \$ 1 trilhão em receitas fiscais anuais em todo o mundo, dinheiro que poderia apoiar investimentos muito necessários em saúde, educação e infraestrutura.” (Disponível em https://www.transparency.org/news/feature/the_trillion_dollar_question_the_imf_and_anti_corruption_one_year_on e acessado no dia 21/05/2019, às 04:30 horas).

²³³ Trata-se da votação ocorrida em 08/05/2019 sobre a conversão da Medida Provisória nº870/2019, que trata da estrutura orgânica do Governo Federal, em que se pretende também retirar o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) do âmbito do Ministério da Justiça, que a ele foi incorporado na gestão do Ministro Sérgio Moro exatamente para um reforço na atuação contra a corrupção. A matéria ainda vai a julgamento pelo Plenário da Câmara. Informação disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/comissao-aprova-proposta-que-proibe-receita-de-compartilhar-informacoes-sem-autorizacao-judicial-23652672> e acessado em 18/05/2019, às 15:13 horas.

²³⁴ Referida medida ainda terá o impacto negativo de obstar que a Receita Federal cumpra o seu papel de detectar dados alusivos a doações irregulares em campanhas eleitorais, ou de quaisquer delitos eleitorais, como apontam os artigos 24-C, §3º (“A Secretaria da Receita Federal do Brasil fará o cruzamento dos valores doados com os rendimentos da pessoa física e, apurando indício de excesso, comunicará o fato, até 30 de julho do ano seguinte ao da apuração, ao Ministério Público Eleitoral, que poderá, até o final do exercício financeiro, apresentar representação com vistas à aplicação da penalidade prevista no art. 23 e de outras sanções que julgar cabíveis”), combinado com o artigo 94, §3º (“Além das polícias judiciárias, os órgãos da receita federal, estadual e municipal, os tribunais e órgãos de contas auxiliarão a Justiça Eleitoral na apuração dos delitos eleitorais, com prioridade sobre suas atribuições regulares”), ambos da Lei Federal nº9.504/1997 (“Lei das Eleições”).

candidatura de seus parentes para sucedê-lo²³⁵; c) lei que revogue as proibições de uso dos bens e do pessoal integrantes do serviço público em favor de partidos políticos, candidatos ou coligações (como o fazem diversos incisos do artigo 73 da Lei nº9.504/97); d) lei que permita a prática do nepotismo²³⁶ (possibilidade de parentes de agentes públicos serem investidos em cargos ou funções públicas sem prévia aprovação em concurso)²³⁷; e) lei que, sem qualquer finalidade

²³⁵ O Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou sobre a questão das prorrogações de mandatos políticos como “retrocesso histórico” inaceitável, *in verbis*: E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA ELEITORAL – ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS INSCRITOS NO ART. 14, §§ 5º e 7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ELEIÇÃO DE INTEGRANTE DO MESMO NÚCLEO FAMILIAR PARA O EXERCÍCIO DE TERCEIRO MANDATO CONSECUTIVO – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES – DISCIPLINA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA INELEGIBILIDADE – CONSIDERAÇÕES – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. – O constituinte revelou-se claramente hostil a práticas ilegítimas que denotem o abuso de poder econômico ou que caracterizem o exercício distorcido do poder político-administrativo. Com o objetivo de proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência, sempre censurável, do poder econômico ou o abuso, absolutamente inaceitável, do exercício de função pública é que se definiram situações de inelegibilidade, destinadas a obstar, precisamente, entre as várias hipóteses possíveis, a formação de grupos hegemônicos que, monopolizando o acesso aos mandatos eletivos, virtualmente patrimonializam o poder governamental, convertendo-o, numa inadmissível inversão dos postulados republicanos, em verdadeira “res domestica”. – As formações oligárquicas constituem grave deformação do processo democrático. A busca do poder não pode limitar-se à esfera reservada de grupos privados, notadamente de índole familiar, sob pena de frustrar-se o princípio do acesso universal às instâncias governamentais. – Legitimar-se o controle monopolístico do poder por núcleos de pessoas unidas por vínculos de ordem familiar equivaleria a ensejar, em última análise, o domínio do próprio Estado por grupos privados. Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a questão do Estado é, por essência, a questão do poder. A patrimonialização do poder constitui situação de inquestionável anomalia a que esta Suprema Corte não pode permanecer indiferente. A consagração de práticas hegemônicas na esfera institucional do poder político conduzirá o processo de governo a verdadeiro retrocesso histórico, o que constituirá, na perspectiva da atualização e modernização do aparelho de Estado, situação de todo inaceitável. Precedentes. Diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame que incide sobre a situação versada nos autos, eis que, mesmo na hipótese de mandato-tampão, inexistente tratamento diferenciado em relação ao mandato regular, de tal modo que o recorrente, embora pudesse validamente eleger-se (como se elegeu) Prefeito Municipal em sucessão ao seu cunhado, não podia disputar a reeleição, em virtude da inelegibilidade por parentesco (CF, art. 14, §§ 5º e 7º), em face do descabimento do exercício da Chefia do Poder Executivo local, pela terceira vez consecutiva, por membros integrantes do mesmo grupo familiar. Decisão do Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo a inelegibilidade do ora recorrente, que se mantém. (RE 1128439 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 13-12-2018 PUBLIC 14-12-2018).

²³⁶ É bom lembrar que o nepotismo possui vedação expressa na Súmula Vinculante nº13/STF, segundo a qual: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

²³⁷ Observe-se que o atual Presidente da República, Sr. Jair Bolsonaro, praticou conduta

anticorrupção, abrande ou isente parte das penas na esfera criminal, cível ou administrativa²³⁸; f) lei que dispense o ressarcimento ao erário como pressuposto de progressão de regime²³⁹.

Vamos, agora, a outro caso recente: Por meio do Decreto Executivo nº9.690, de 23 de janeiro de 2019, o Presidente do Brasil em exercício à época (Sr. Hamilton Mourão – atual Vice-Presidente) alterou o Decreto Executivo nº7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei nº12.527/2011 (a chamada “Lei de Acesso à Informação”). Pela mudança introduzida, restou autorizada a delegação para servidores comissionados da tarefa de classificação dos documentos públicos como ultrassecretos, cujo sigilo pode permanecer por até 25 anos. Até então, essa classificação de informações públicas como secretas era exclusiva de Presidente e Vice-Presidente da República, Ministros e autoridades equivalentes, comandantes das Forças Armadas e chefes de missões diplomáticas no exterior. Considerando que o novel decreto colidia com

questionável sob o ponto de vista da violação à impessoalidade administrativa (um dos fundamentos da proibição ao nepotismo), ao conceder, no dia 03/05/2019, a “Ordem Nacional do Rio Branco, a mais distinta condecoração do Itamaraty, como é conhecido o Ministério das Relações Exteriores, aos seus filhos Flávio e Eduardo Bolsonaro”, fato jamais ocorrido em gestões anteriores, mesmo naquelas maculadas pelos inquestionáveis atos de corrupção do “Mensalão” ou do “Petrolão”. (Maiores informações em <https://www.opovo.com.br/noticias/politica/2019/05/03/itamaraty-foge-de-padrao-ao-condecorar-eduardo-e-flavio-bolsonaro.html>, acessado em 03/05/2019, às 21:26 horas).

²³⁸ Nesse ponto, citamos como exemplos de medidas válidas os instrumentos da colaboração premiada e do acordo de leniência, que, a despeito de permitirem em casos extremos a isenção de penas, têm ínsitas finalidades anticorrupção, como a descoberta do funcionamento da engrenagem (lideranças e *modus operandi*) de determinada organização criminosa ou conglomerados empresariais responsáveis por atos de corrupção.

²³⁹ Observe-se que o ressarcimento ao erário, no caso dos crimes contra a Administração Pública, é condição de progressão do regime prisional (artigo 33, §4º, do Código Penal), cuja constitucionalidade já foi proclamada pelo Supremo Tribunal Federal (STF): Execução Penal. Progressão de Regime. Crime contra a Administração Pública. Devolução do produto do ilícito. 1. É constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito. 2. Tendo o acórdão condenatório fixado expressamente o valor a ser devolvido, não há como se afirmar não se tratar de quantia líquida. 3. A alegação de falta de recursos para devolver o dinheiro desviado não paralisa a incidência do art. 33, § 4º, do Código Penal. O sentenciado é devedor solidário do valor integral da condenação. 4. Na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas. 5. Agravo regimental desprovido. (EP 22 ProgReg-AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 17-03-2015 PUBLIC 18-03-2015).

os princípios da publicidade e da transparência (que são mandados constitucionais anticorrupção), a Câmara dos Deputados, no exercício de sua competência constitucional²⁴⁰, aprovou o Projeto de Decreto Legislativo nº3/2019, sustando essa exorbitância administrativa e mantendo maior rigor na limitação da publicidade dos atos governamentais²⁴¹.

Do exposto, percebe-se que a tutela mínima anticorrupção é imperativo decorrente da conjugação entre a Constituição Federal e os Tratados/Convenções Internacionais Anticorrupção que o Brasil subscreveu e incorporou ao ordenamento jurídico nacional, sendo pressuposto indispensável para a verdadeira existência de um Estado comprometido com a prevenção e repressão à corrupção.

4. As Leis Brasileiras Anticorrupção.

Em continuidade à apresentação da atual pirâmide normativa brasileira anticorrupção, temos alguns Decretos-Leis (com equivalência jurídica formal à lei)²⁴² e um extenso rol de leis cíveis e penais, de natureza ordinária ou complementar²⁴³, cuja menção far-se-á em ordem cronológica para que se possa compreender a evolução histórica. Vejamo-las:

I - Decreto-Lei nº2848/1940 (Código Penal), que instituiu o Código Penal Brasileiro e que possui o maior número de descrições criminosas, tanto na área pública, como privada. Para aquela primeira categoria, é comum a doutrina fazer referência apenas ao Título XI da Parte Especial do Código Penal, que alberga os denominados “Crimes Contra a Administração

²⁴⁰ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

²⁴¹ Maiores informações disponíveis em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190880>, acessado em 03/05/2019, às 11:50 horas.

²⁴² A Súmula 496/STF diz que: “São válidos, porque salvaguardados pelas Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1967, os decretos-leis expedidos entre 24 de janeiro e 15 de março de 1967.”

²⁴³ No presente trabalho, iremos abordar apenas as leis de âmbito nacional, deixando as peculiaridades de cada unidade federada para serem citadas apenas quando dotadas de relevância igualmente nacional.

Pública”, subdivido em cinco capítulos²⁴⁴, no qual, em verdade, estão previstos os delitos de maior importância para o tema, como peculato (artigo 312), emprego irregular de verbas públicas (artigo 315), concussão (artigo 316), corrupção passiva (artigo 317), corrupção ativa (artigo 331), tráfico de influência (artigo 332), corrupção ativa e tráfico de influência em transações comerciais internacionais (artigos 337-B e 337-C), aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou da legislatura (artigo 359-G), os quais serão analisados mais a frente.

Não obstante isso, é importante destacar que, dentre os 61 (sessenta e um) tipos penais contemplados sob a rubrica “Dos Crimes Contra a Administração Pública” (artigos 312 a 359-H), não são todos eles relacionados com alguma lesão efetiva aos interesses patrimoniais ou imateriais da Administração Pública, ou com atos de corrupção no setor público. É o caso, por exemplo, do delito de tráfico de influência (artigo 332), que “necessariamente ocorre sem qualquer participação ou conhecimento de funcionário público. Ou seja, o engodo é a essência do crime. Do contrário, haveria a prática do delito de corrupção, em concurso de agentes entre o funcionário público e o particular. Nesse sentido, mais uma vez, o vitimado principal, senão exclusivo, sinaliza-se como o particular ludibriado pelo agente, que nenhuma relação possui com o poder público, persistindo a dúvida do porquê da previsão nesse *locus*.”²⁴⁵

Além disso, existem outros tipos penais que versam sobre atos de corrupção no exercício de cargos ou funções públicas e que não estão ali inseridos. À título exemplificativo, podemos citar os crimes de “certidão ou atestado ideologicamente falso” (artigo 301)²⁴⁶, “adulteração de sinal identificador de

²⁴⁴Capítulo I – Dos Crimes Praticados por Funcionário Público Contra a Administração em Geral; Capítulo II - Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral; Capítulo II-A - Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira; Capítulo III - Dos Crimes Contra a Administração da Justiça; Capítulo IV - Dos Crimes Contra as Finanças Públicas.

²⁴⁵ DE SOUZA, Luciano Anderson. Crimes contra (...). p.45-46.

²⁴⁶ Art. 301 - Atestar ou certificar falsamente, em razão de função pública, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem: Pena - detenção, de dois meses a um ano.

veículo automotor” (artigo 311)²⁴⁷, “fraudes em certames de interesses públicos” (artigo 311-A)²⁴⁸ etc.

Por fim, convém referenciar que ainda existe a figura da “associação criminosa” (artigo 288), antiga “quadrilha ou bando”, que é um tipo muitas vezes praticado em concurso material com alguns daqueles crimes acima referidos.

II - Decreto-Lei nº3240/1941, que sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública e cuja vigência, mesmo após a edição do Código de Processo Penal (que trata de medidas cautelares), vem sendo atestada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁴⁹.

²⁴⁷ Art. 311 - Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa. § 1º - Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de um terço. § 2º - Incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

²⁴⁸ Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de: I – concurso público; II - avaliação ou exame públicos; III - processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou IV - exame ou processo seletivo previstos em lei. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput. § 2º Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. § 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.

²⁴⁹ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS. DECRETO-LEI Nº 3.240/41. NÃO REVOGAÇÃO PELO CPP. SISTEMÁTICA PRÓPRIA. CRIME DE QUE RESULTA PREJUÍZO PARA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. “De acordo com reiterados precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, o Decreto-lei nº 3.240/41 não foi revogado pelo pelo Código de Processo Penal, tendo sistemática própria o sequestro de bens de pessoas indiciadas ou denunciadas por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, sendo certo, outrossim, que o art. 4º do mencionado diploma dispõe que o sequestro pode recair sobre todo o patrimônio dos acusados e compreender os bens em poder de terceiros, contanto que estes os tenham adquirido com dolo ou culpa grave.” (AgRg no REsp 1530872/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015). Mais recentemente: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OPERAÇÃO LAMA ASFÁLTICA. LAVAGEM DE DINHEIRO. SEQUESTRO DE BENS. CABIMENTO. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. COMPLEXIDADE DA CAUSA. ABRANGÊNCIA DA CONSTRIÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Ao que se tem, são muitos os elementos indicativos de possíveis delitos em prejuízo à Fazenda Pública, daí porque não há falar em não cabimento de sequestro com base no Decreto-Lei nº 3.240/41. 2. O excesso de prazo na constrição de valores, assim como a abrangência da medida, devem ser analisados à luz das peculiaridades da demanda com observância do princípio da razoabilidade. 3. No caso, a decisão que determinou o sequestro de bens de maneira devidamente fundamentada não

III - Decreto-Lei nº3688/1941 (“Lei das Contravenções Penais”), cujo Capítulo VIII (artigos 66 a 70) contemplou as chamadas “Contravenções Referentes à Administração Pública”, muito embora os artigos 69 e 70 não se encontram mais em vigor por força decorrente de legislação superveniente (o primeiro tipo foi excluído expressamente pela Lei nº6.815/1980, ao passo que a revogação do segundo deu-se de forma tácita após segundo, tacitamente, pela Lei nº6.538/1978).

IV - Decreto-Lei nº3689/1941, que criou o Código de Processo Penal, cuja importância para o tema é inquestionável, haja vista regular boa parte da atividade investigativa, defensiva e judicial (salvo as particularidades da legislação extravagante) sobre o tema, dentre as quais merecem destaque o inquérito policial, a ação penal, as prisões e medidas cautelares penais, a competência, as nulidades e recursos.

Além disso, é de se ressaltar que o Capítulo II do Título II desse diploma legal traz 6 artigos (513 a 518) que tratam especificamente “do processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos”. Nesse tocante, uma observação merece ser feita à luz da doutrina: o título legal é equivocado, pois se trata de rito para a apurar os crimes funcionais e não as infrações político-administrativas denominadas crimes de responsabilidade²⁵⁰.

V - A Lei nº1.079/1950, que trata dos chamados “crimes de responsabilidade” do Presidente da República e de outros agentes políticos, cuja natureza é de infração político-administrativa. Referida lei já foi declarada recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em diversas

ofende direito líquido e certo dos recorrentes, notadamente se se levar em conta a complexidade da causa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS 54.777/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018).

²⁵⁰ “O que o Código de Processo Penal prevê, na verdade, é o julgamento das infrações penais praticadas por funcionário público contra a Administração em geral, chamados de crimes funcionais. São delitos próprios, que exigem que o sujeito ativo seja um funcionário público (artigo 327, “caput”, e §1º, CP). É de se ressaltar que o presente procedimento é aplicável em relação aos crimes previstos nos artigos 312 a 326 do Código Penal, não se aplicando a todo e qualquer crime praticado pelo funcionário público contra a Administração, considerando que há infrações penais que, apesar de causarem prejuízo ao erário ou à própria Administração Pública, possuem rito próprio ou, até mesmo, seguem o rito comum do Código de Processo Penal (STJ, RHC nº73.308/SP, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j.22.11.16).” (ARAÚJO, Fábio Roque & COSTA, Klaus Negri. *Processo Penal Didático*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.1011).

ocasiões²⁵¹, sendo que, quando da análise do *impeachment* da Ex-Presidente Dilma Roussef, houve declaração de não-recepção em relação a alguns dispositivos procedimentais²⁵².

Vale ressaltar que, dentre as 65 (sessenta e cinco) hipóteses descritas na lei como crimes de responsabilidade, está a violação da probidade administrativa (fórmula repetida pelo artigo 85, V, da Constituição Federal de 1988 e por todas as Constituições do país desde 1891). No caso de procedência, a condenação sujeita o responsável à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988). Trata-se de cumulação de sanções, já tendo a Corte Excelsa se manifestado em igual sentido²⁵³. O “caso Dilma”, em que

²⁵¹ MS 21689, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 07-04-1995; Pet 1365 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/1997; ADI 1628, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2006, DJ 24-11-2006.

²⁵² ADPF 378 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 07-03-2016 PUBLIC 08-03-2016.

²⁵³ EMENTA: - CONSTITUCIONAL. "IMPEACHMENT". CONTROLE JUDICIAL. "IMPEACHMENT" DO PRESIDENTE DA REPUBLICA. PENA DE INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. C.F., art. 52, paragrafo único. Lei n. 27, de 07.01.1892; Lei n. 30, de 08.01.1892. Lei n. 1.079, de 1950. I. - Controle judicial do "impeachment": possibilidade, desde que se alegue lesão ou ameaça a direito. C.F., art. 5., XXXV. Precedentes do S.T.F.: MS n. 20.941-DF (RTJ 142/88); MS n. 21.564-DF e MS n. 21.623-DF. II. - O "impeachment", no Brasil, a partir da Constituição de 1891, segundo o modelo americano, mas com características que o distinguem deste: no Brasil, ao contrario do que ocorre nos Estados Unidos, lei ordinaria definira os crimes de responsabilidade, disciplinara a acusação e estabeleceria o processo e o julgamento. III. - Alteração do direito positivo brasileiro: a Lei n. 27, de 1892, art. 3., estabelecia: a) o processo de "impeachment" somente poderia ser intentado durante o periodo presidencial; b) intentado, cessaria quando o Presidente, por qualquer motivo, deixasse definitivamente o exercício do cargo. A Lei n. 1.079, de 1950, estabelece, apenas, no seu art. 15, que a denuncia só podera ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo. IV. - No sistema do direito anterior a Lei 1.079, de 1950, isto e, no sistema das Leis n.s 27 e 30, de 1892, era possivel a aplicação tão somente da pena de perda do cargo, podendo esta ser agravada com a pena de inabilitação para exercer qualquer outro cargo (Constituição Federal de 1891, art. 33, par. 3.; Lei n. 30, de 1892, art. 2.), emprestando-se a pena de inabilitação o caráter de pena acessoria (Lei n. 27, de 1892, artigos 23 e 24). No sistema atual, da Lei 1.079, de 1950, não e possivel a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade (C.F., 1934, art. 58, par. 7.; C.F., 1946, art. 62, par. 3. C.F., 1967, art. 44, parag. único; EC n. 1/69, art. 42, parag. unico; C.F., 1988, art. 52, parag. único. Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2., 31, 33 e 34). V. - A existência, no "impeachment" brasileiro, segundo a Constituição e o direito comum (C.F., 1988, art. 52, parag. único; Lei n. 1.079, de 1950, artigos 2., 33 e 34), de duas penas: a) perda do cargo; b) inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. VI. - A renuncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando ja iniciado este, não paralisa o processo de "impeachment". VII. - Os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa (C.F., art. 37). VIII. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente

o Senado Federal flexibilizou essa regra (aplicando-lhe apenas a perda do cargo) foi uma teratologia manifesta, praticada em rede nacional.

VI - A Lei Federal nº1.579/1952, modificada pela Lei Federal nº13.367/2016, que dispõe sobre as comissões parlamentares de inquérito (CPI), importantes ferramentas investigativas colocadas à disposição do Poder Legislativo pelo artigo 58, §3º, da Constituição Federal de 1988.

VII - A Lei nº4.737/1965, também conhecida como “**Código Eleitoral**”, que trouxe diversas incriminações voltadas a punir (ainda que de maneira branda na maioria dos casos) quem tente ou consume as práticas de reter título eleitoral (artigo 295), comprar ou vender o voto (artigo 299), aliciar eleitores com a distribuição de brindes e prêmios (artigo 334), bem como para garantir a imparcialidade do Poder Público no processo eleitoral como um todo, punindo a coação eleitoral praticada por servidores públicos (artigo 300) ou o uso da estrutura física e de pessoal da Administração Pública (artigos 346 e 377).

VIII - A Lei nº4.717/1965, chamada de “**Lei da Ação Popular**”, de natureza cível, que dá legitimidade ativa para qualquer cidadão requerer documentos e certidões voltadas para o ajuizamento de ação tendente a anular atos ou contratos administrativos que causem lesão ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, bem como para requerer em juízo o ressarcimento ao erário decorrente dos atos questionados.

IX - A Lei Federal nº4.898/1965, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade²⁵⁴.

aos crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, na forma do Decreto-lei 201, de 27.02.1967. Apresentada a denúncia, estando o Prefeito no exercício do cargo, prosseguirá a ação penal, mesmo após o término do mandato, ou deixando o Prefeito, por qualquer motivo, o exercício do cargo. IX. - Mandado de segurança indeferido. (MS 21689, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 07-04-1995 PP-08871 EMENT VOL-01782-02 PP-00193 RTJ VOL-00167-03 PP-00792 Impeachment: Jurisprudência, STF, 1996, p. 297).

²⁵⁴ Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio; c) ao sigilo da correspondência; d) à liberdade de consciência e de crença; e) ao livre exercício do culto religioso; f) à liberdade de associação; g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; h) ao direito de reunião; i) à incolumidade física do indivíduo; j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade

X - O Decreto-Lei nº201/1967, que fixou os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais e as infrações político-administrativas dos mesmos e dos Vereadores, sem prejuízo de regular as hipóteses de extinção dos respectivos mandatos desses representantes populares.

XI - Decreto-Lei nº1.001/1969 (“Código Penal Militar”), que, em seus artigos 308, 309 e 347, prevê os crimes de “corrupção passiva militar”, “corrupção ativa militar” e “corrupção ativa de testemunha, perito ou intérprete”, respectivamente.

XII - A Lei nº6.091/1974, alcinhada de “**Lei do Transporte de Eleitores**”, que traz um dos mais poderosos tipos penais anticorrupção existentes no Brasil, uma vez que estipula pena única de cassação do registro ou do mandato no caso de ser provada a participação (direta ou indireta) do candidato no uso de qualquer veículo ou embarcação oficial em atos de campanha eleitoral durante os 90 (noventa) dias anteriores ao pleito.

XIII - A Lei Federal nº7.347/1985, conhecida como “**Lei da Ação Civil Pública**”, que é um dos instrumentos constitucionais postos a disposição do Ministério Público para a proteção extraprocessual e judicial dos direitos difusos e coletivos (vide artigo 129, III, da Constituição Federal de 1988), “dentre os quais está a moralidade administrativa, que é reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) como patrimônio

individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

público imaterial da sociedade brasileira e que serve como efetivo parâmetro de combate à corrupção²⁵⁵.²⁵⁶

XIV- A Lei Federal nº7.492/1986, que instituiu os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, destacando-se a tipificação do delito de “evasão de divisas”²⁵⁷, “por meio do qual o agente envia divisas ao exterior, sem declará-las à repartição federal competente, repercutindo, em regra, na ausência de pagamento dos tributos devidos. Em suma, podemos dizer que a evasão cambial ou de divisas significa a remessa de divisas (que são reservas monetárias) pelo Brasil ou por qualquer outro país. Se as reservas forem evadidas ilegalmente, será uma espécie de desfalque nos cofres públicos, mediante transações ardilosas.”²⁵⁸

Além disso, cumpre destacar que essa lei, dentro da ordem cronológica e considerando a revogação da Lei Federal nº9.035/1995 (antiga “lei das organizações criminosas”), tem a previsão normativa mais antiga acerca do instituto da colaboração premiada, no caso, o artigo 25, §2º, que foi acrescido pela Lei Federal nº9.085/1995, *in verbis*: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”

XV – A Lei Federal nº7.960/1989, que regulamentou a prisão temporária e cuja incidência no enfrentamento à corrupção depende do delito desse jaez ser praticado, em concurso material, com o de associação criminosa (artigo 288, do Código Penal), ou ser classificado contra o sistema financeiro, uma

²⁵⁵ “O postulado constitucional da moralidade administrativa é princípio basilar da atividade administrativa e decorre, diretamente, do almejado combate à corrupção e à impunidade no setor público. Em razão disso, exerce dupla função: parâmetro de conduta do administrador e requisito de validade do ato administrativo.” (STJ, REsp 1107833/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009).

²⁵⁶ Trecho retirado do relatório final da disciplina de Direito Administrativo, no curso de Mestrado ora sob conclusão.

²⁵⁷ Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

²⁵⁸ NUNES, Leandro Bastos. *Evasão de Divisas*. Salvador: JusPodivm, 2ª edição, 2017, p.13.

vez que nenhum dos crimes de corrupção figuram na lista dos hábeis a ensejar esse medida restritiva da liberdade²⁵⁹.

XVI - A Lei Complementar nº64/90, também denominada “**Lei das Inelegibilidades**”, que foi editada em atenção ao disposto no artigo 14, §9º, da Constituição Federal de 1988, e **modificada pela Lei Complementar nº135/2010 (“Lei da Ficha-Limpa”)**, cuja edição deu-se para prever as hipóteses em que a capacidade eleitoral passiva dos cidadãos ficaria suspensa por conta de condenações pela prática de diversos ilícitos (incluindo atos de corrupção²⁶⁰), tudo a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Além disso, referido diploma legal, no seu artigo 22, trouxe a regulação da chamada “ação de investigação judicial eleitoral” (AIJE), que é um dos instrumentos processuais cabíveis para a punição do abuso de poder político, econômico, religioso, ou dos meios de comunicação durante do processo eleitoral, cuja sanção principal é a declaração de inelegibilidade dos envolvidos nos fatos.

XVII - A Lei Federal nº8.078/1990 (“Código de Proteção e Defesa do Consumidor”), cujo disciplinamento das chamadas práticas comerciais

²⁵⁹ Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016).

²⁶⁰ Nesse sentido, pelo caráter simbólico e concretude do exemplo, destacamos que a “Lei da Ficha-Limpa”, que foi o fundamento jurídico que levou ao indeferimento do pedido de registro de candidatura do Ex-Presidente Lula da Silva, foi aprovada e sancionada pelo próprio.

abusivas (artigo 39), cláusulas contratuais abusivas (artigo 51) e dos crimes contra as relações de consumo (artigos 63 a 68) revelam uma clara preocupação em punir comportamentos dos prestadores de serviços que violem os deveres de informação, segurança, qualidade, durabilidade, boa-fé e equidade necessários para um equilíbrio posicional nas relações consumeristas.

Trata-se, como se vê, de mais um diploma voltado para o combate à corrupção privada (embora também possa incidir no setor público, como aponta o artigo 76, IV, “a”), merecendo destacar que no processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal (artigo 80).

XVIII - A Lei Federal nº8.137/1990, que, disciplinando os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, tipifica

condutas de corrupção de particulares²⁶¹ e funcionários públicos²⁶², merecendo destaque a “corrupção passiva em matéria tributária” (artigo 3º, II) e a “advocacia administrativa tributária” (artigo 3º, III).

Sobre os delitos do artigo 1º, deve-se referir mais um indevido ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal (STF), que, ao editar a Súmula Vinculante nº24, criou condição de procedibilidade da ação penal não prevista em lei, *in verbis*: “Não se tipifica crime material contra a ordem

²⁶¹ Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V. Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; I - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

²⁶² Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I): I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Também é digno de nota a inserção do parágrafo único no artigo 16 desse diploma pela Lei Federal nº9.085/1995, que instituiu modalidade específica de colaboração premiada, *in verbis*: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”

XIX - A Lei Federal nº8.429/1992, chamada de “**Lei de Improbidade Administrativa**”, que, revogando as Leis Federais nº3.164/1957 (“Lei Pitombo-Godói Ilha”) e nº3.502/1958 (“Lei Bilac Pinto”), promoveu uma verdadeira sistematização lógica do combate à corrupção na área cível por parte dos agentes públicos e particulares, que conta, hoje, com 44 (quarenta e quatro) hipóteses de atos tidos como ímprobos²⁶³, cujas sanções, aplicáveis de maneira cumulativa ou não, podem ir de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do

²⁶³ Atos de improbidade administrativa são aqueles praticados por agentes públicos, isoladamente ou em conluio com particulares (pessoas físicas ou jurídicas), que causam enriquecimento ilícito, dano ao erário, concessão indevida de benefícios tributários ou violação aos princípios da Administração Pública. Para a sua caracterização, não basta que esses resultados sejam fruto de um descumprimento objetivo da lei (ilegalidade), pois é preciso que se demonstre que a pessoa agiu com dolo ou culpa grave apta gerar aqueles resultados, isto é, ela quis ou assumiu o risco de produzi-los. Dito isso, percebe-se que improbidade e ilegalidade não são expressões sinônimas; ao revés, são qualificações gradativas para um ato antijurídico. Na ilegalidade, não se faz necessário (embora seja possível) analisar o *animus* do responsável, pois simplesmente procede-se um juízo de compatibilidade ou não da conduta (comissiva ou omissiva) com a ordem jurídica (princípio da juridicidade). A consequência é simples: anulação do ato e eventual ressarcimento pelo dano causado. A improbidade, porém, reveste-se de maior carga negativa. É preciso que se demonstre que o ato, além de ilegal, traz consigo uma carga de culpa lato sensu por parte do agente, isto é, que ele tenha agido de maneira intencional ou, pelo menos, com culpa grave violadora dos deveres objetivos de cuidado (ausência de diligência no exercício do cargo). Por isso que se diz que a improbidade é uma ilegalidade qualificada. Essa é a diretriz da jurisprudência há bastante tempo: “Os atos ímprobos são mais do que simples atos ilegais, possuem a qualificadora, isto é, o espírito de desprezo à coisa pública e aos seus princípios e normas éticas, circunstância que causa lesão aos cofres públicos e/ou enriquecimento ilícito do autor do fato ou de terceiros. Já ilegalidades e práticas irregulares não denotam necessariamente aspectos de má intenção e de maus desígnios, que são característicos da improbidade administrativa e integram o próprio tipo ímprobo previsto em lei. Isto porque na improbidade administrativa já existe a volição preordenada para a prática da conduta que propiciará o locupletamento frente aos cofres públicos ou lesará o Erário, o que não é encontrável em atos simplesmente ilegais do Administrador Público. (STJ, AREsp 403.575/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018).

condenado, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público (vide artigo 12, da citada lei).

XX – A “Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados” (Lei Federal nº8.625/1993), cujas disposições trazem uma série de prerrogativas funcionais aos Promotores de Justiça voltadas a coleta de elementos indiciários mínimos dos atos de corrupção (artigos 26 e 27)²⁶⁴,

²⁶⁴ Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior; II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie; III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível; IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los; V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório; VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas; VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade; VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção. § 1º As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça. § 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo. § 3º Serão cumpridas gratuitamente as requisições feitas pelo Ministério Público às autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 4º A falta ao trabalho, em virtude de atendimento à notificação ou requisição, na forma do inciso I deste artigo, não autoriza desconto de vencimentos ou salário, considerando-se de efetivo exercício, para todos os efeitos, mediante comprovação escrita do membro do Ministério Público. § 5º Toda representação ou petição formulada ao Ministério Público será distribuída entre os membros da instituição que tenham atribuições para apreciá-la, observados os critérios fixados pelo Colégio de Procuradores. Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: I - pelos poderes estaduais ou municipais; II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta; III - pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal; IV - por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública. Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas; II - zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos; III - dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I; IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

dentre as quais destaco a instauração de inquérito civil público, a requisição de documentos e informações, a notificação para prestar depoimento, a inspeção *ex officio* em repartições públicas²⁶⁵ e privadas etc).

Sobre tais ferramentas investigativas conferidas ao *Parquet*, dada a importância das mesmas na prevenção e repressão à corrupção, peço vênica para reproduzir observações constantes em outro trabalho de nossa autoria²⁶⁶: “O Ministério Público, por expressa disposição constitucional (artigo 127, *caput*), possui a importante atribuição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses coletivos e individuais indisponíveis, dentre os quais está o patrimônio público (artigo 129, III, CF/88). Trata-se de verdadeira vocação constitucional híbrida, na medida em que esta Instituição, a um só tempo, assume a posição de agente transformador da realidade social através da conformação dos fatos antijurídicos aos preceitos do ordenamento jurídico (em especial, as normas constitucionais), bem como por exercer a fiscalização dos atos praticados pelos cidadãos e pelo Poder Público. Pois bem, para desincumbir-se de tais missões constitucionais, qualificadas como verdadeiras imposições funcionais, ao *Parquet* foram deferidos inúmeros instrumentos processuais (ação civil pública, ação de improbidade administrativa, legitimidade para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade e ações de intervenção, etc), cada um com sua finalidade específica. Ciente, porém, de que, algumas vezes, o Ministério Público necessitaria de uma fase pré-processual para uma melhor colheita de provas referentes aos fatos

²⁶⁵ À título exemplificativo, cito caso em que atuei como Promotor de defesa do patrimônio público no início de minha carreira (lá nos idos de 2012) e que foi submetido ao controle disciplinar e administrativo do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP): Ao receber uma denúncia anônima de que a Comissão de Licitação do Município de Trairi/CE não realizava corretamente os procedimentos de contratação pública, resolvi realizar uma inspeção *ex officio* naquele órgão municipal para atestar a veracidade do relato. Analisando representação disciplinar proposta por conta desse ato, a Corregedoria Nacional do Ministério Público decidiu que: “não obstante incomum a presença de membros do Ministério Público em repartições públicas, é certo que tal conduta é autorizada, nos termos do artigo 26, inciso I, letra c, da Lei 8625/93”, bem como que “a repartição pública visitada está vinculada ao princípio da publicidade (art.37, *caput*, da Constituição Federal) e é prerrogativa do membro do Ministério Público, no exercício de sua função, ingressar e transitar livremente em qualquer recinto público ou privado, ressalvada a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio (art.41, inciso VI, letra c, da Lei 8625/93)” (Reclamação Disciplinar nº0.00.000.0001130/2012-10).

²⁶⁶ PINHEIRO, Igor Pereira. *Revisão Final: MPSC*. Salvador: JusPodivm, 2019.

investigados, o constituinte originário previu, expressamente, o inquérito civil público como uma das funções institucionais ministeriais (artigo 129, inciso III, CF/88). Além da previsão constitucional, o assunto está regulamentado nos seguintes diplomas normativos: a) Lei da Ação Civil Pública (artigo 8º, §1º); b) Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (artigo 25, IV, “a” c/c artigo 26, I); c) Lei Orgânica do Ministério Público da União (artigo 6º, VII, “d” c/c artigo 7º, I e artigo 38, I); d) Resolução nº23/CNMP.

Trata-se de medida extremamente salutar, na medida em que, a despeito de sua não obrigatoriedade para a tomada de qualquer providência judicial, o mesmo permite a formação de um lastro probatório mínimo (justa causa) para o responsável exercício do direito de ação, o que traz como consequência direta a diminuição dos riscos referentes a dedução de demandas temerárias ou manifestamente infundadas, circunstância esta que representa, em última análise, preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência e respeito à intimidade e vida privada.

Ocorre, porém, que analisar o inquérito civil público apenas pela perspectiva do ajuizamento da ação civil pública é enxergar apenas uma das várias funções que esse valioso instrumento de atuação possui. Assim sendo, o inquérito civil público é o instrumento extraprocessual, de natureza inquisitória e caráter não obrigatório, posto à disposição exclusiva do Ministério Público, para a realização de investigações com vistas à colheita de elementos de prova suficientes para o esclarecimento de determinado fato, que pode dar ensejo à tomada de cinco categorias de atos: 1- atos administrativos preparatórios e fixadores de responsabilidade (a-Requisição de documentos, informações e exames, b-Recomendações e c-Audiências Públicas); 2 –celebração de compromisso de ajustamento de conduta com vistas à cessação da conduta antijurídica investigada; 3- requerimento de medidas cautelares pertinentes ao caso (a-quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, b-buscas e apreensões, c-arresto e sequestro de bens etc); 4 - ajuizamento de ação judicial cabível (a-ação civil pública, b-ação de improbidade administrativa, c-denúncia criminal, etc); 5 – despacho de arquivamento.

(...)

Em 2009, com o advento da Lei nº 12.034, houve significativas mudanças na Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97) e uma delas foi o acréscimo do artigo 105-A, que expressamente passou a dispor que “*em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*”, dentre os quais está o inquérito civil público (ICP).

Pois bem, com base nessa nova disposição legal, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no julgamento do RO nº 4746-42, decidiu, à época por maioria, que o Ministério Público Eleitoral não poderia instaurar inquérito civil público para subsidiar ação eleitoral. Referido entendimento vinha, até bem pouco tempo, sendo seguido fielmente pela Corte²⁶⁷.

O argumento usado pela maioria dos Ministros era o de que, sendo o inquérito civil um procedimento disciplinado pela Lei de Ação Civil Pública, ele se incluiria no alcance do novo dispositivo, isto é, sua utilização passaria a ser vedada em matéria eleitoral. A Corte Suprema Eleitoral vinha apegando-se apenas à literalidade do texto legal, esquecendo-se de interpretá-lo à luz da Constituição Federal. Senão, vejamos.

Como dito acima, o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, estabeleceu como função institucional do Ministério Público a promoção da ação civil pública e do inquérito civil para a defesa do patrimônio público, social, do meio ambiente e “*de outros interesses difusos e coletivos*”, não podendo a legislação infraconstitucional limitar a atuação do *Parquet* e dos demais legitimados para o processo coletivo, isto é, dizer quais direitos são tuteláveis e quais não o são, sob pena de manifesta inconstitucionalidade.

²⁶⁷ ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ABUSO DE PODER ECONÔMICO, POLÍTICO/AUTORIDADE E CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO. PREFEITO. INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. PROVA ILÍCITA. ART. 105-A DA LEI Nº 9.504/97. DEMAIS PROVAS. ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS. 1. O art. 105-A da Lei nº 9.504/97 estabelece que, para a instrução de ações eleitorais, o Ministério Público não pode lançar mão, exclusivamente, de meios probantes obtidos no bojo de inquérito civil público. 2. Ilícitas as provas obtidas no inquérito civil público e sendo essas o alicerce inicial para ambas as AIJEs, inarredável o reconhecimento da ilicitude por derivação quanto aos demais meios probantes, ante a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. 3. Agravos regimentais desprovidos. (Agravado Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 89842, Acórdão de 28/08/2014, Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 173, Data 16/9/2014, Página 129/130).

Além disso, deve-se destacar que a lisura do processo eleitoral constitui bem juridicamente tutelado pela Constituição Federal (vide artigo 14, §9º), de modo que toda e qualquer norma que tenha o condão de enfraquecer ou de protegê-la de maneira deficiente, deve ser considerada contrária à ordem jurídica suprema. É o caso, pois a lei gerou uma proteção deficiente²⁶⁸ da lisura eleitoral (em clara violação ao princípio da proporcionalidade, especificamente na diretriz da proibição do excesso) e estimulou a impunidade e a corrupção eleitorais, na medida em que limitou a ferramenta investigativa constitucional do Ministério Público, que é o agente por excelência para tutelar a democracia brasileira²⁶⁹. Validar ato legislativo desse jaez seria um sério atentado não só a esta Instituição, mas à própria sociedade, que viria o defensor da democracia de “mãos atadas” ante os ilícitos eleitorais, que, diga-se de passagem, não são poucos.

Outro fato intrigante: Não sendo possível o uso do inquérito civil público para investigar os ilícitos eleitorais, como seriam as investigações? Clandestinas? Ou não haveria investigações e teria o Ministério Público que agir temerariamente, através de investigações clandestinas, ou depender de provas colhidas por candidatos ou partidos diretamente interessados?

²⁶⁸ “Há, porém, um outro lado da protecção que, em vez de salientar o excesso, releva a proibição por defeito (Untermassverbot). Existe um defeito de protecção quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção (Schutzpflicht) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e suficiente dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, Almedina, 2003, p.273).

²⁶⁹ “Via interpretação sistemática, verifica-se que a norma está em dissonância com o postulado constitucional que propõe o combate à improbidade administrativa e a protecção do patrimônio público e social. Trata-se de norma incompatível com a Carta Mãe e, portanto, inconstitucional. A Constituição Federal consagra os princípios da moralidade e da probidade, o princípio democrático e a coibição ao abuso de poder político e económico. A redação do art. 105-A da Lei 9.504/1997 vai totalmente de encontro a tais desideratos. O norte do legislador constitucional ao munir o Ministério Público da ACP e do ICP (art.129, III) foi facilitar a protecção do patrimônio público e social. Foge à lógica admitir-se a restrição à atuação do Ministério Público em tal caso. É limitar o raio de ação do Parquet. É como acorrentar os agentes ministeriais e deixar a sorrelfa a protecção ao patrimônio público no pleito eleitoral, no qual toda sorte de arbitrariedade tende a ocorrer.” (PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Direito Eleitoral – Aspectos Processuais, Ações e Recursos*. 4ª edição, Juruá Editora, 2016, p.104/105).

Tais circunstâncias bem demonstram a impertinência prática, bem como a manifesta inconstitucionalidade de tal dispositivo legal, cuja validade encontra-se pendente de análise por parte do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 4352, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT).

Felizmente, no final do ano de 2015, sobreveio julgado unânime do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), seguido de diversos acórdãos sucessivos durante o ano de 2016²⁷⁰, acolhendo as considerações acima expostas e mudando seu entendimento, de modo que, hoje, encontra-se plenamente garantido pela Corte o uso do inquérito civil público eleitoral pelo *Parquet*. Vejamos: “2. A interpretação do art. 105-A da Lei 9.504/97 pretendida pelo recorrente no sentido de que as provas produzidas em inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público Eleitoral seriam ilícitas não merece prosperar, nos termos da diversidade de fundamentos adotados pelos membros desta Corte Superior, a saber: 2.1. Sem adentrar a questão atinente à constitucionalidade do art. 105-A da Lei 9.504/97, ressalte-se que i) da leitura do dispositivo ou da justificativa parlamentar de sua criação não há como se retirar a conclusão de que são ilícitas as provas colhidas naquele procedimento; ii) a declaração de ilicitude somente porque obtidas as provas em inquérito civil significa blindar da apreciação da Justiça Eleitoral condutas em desacordo com a legislação de regência e impossibilitar o Ministério Público de exercer o seu munus constitucional; iii) o inquérito civil não se restringe à ação civil pública, tratando-se de procedimento administrativo por excelência do Parquet e que pode embasar outras ações judiciais (Ministros João Otávio de Noronha, Luciana Lóssio e Dias Toffoli). 2.2. Ao art. 105-A da Lei 9.504/97 deve ser dada interpretação conforme a Constituição Federal para que se reconheça, no que tange ao inquérito civil

²⁷⁰ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2014. DEPUTADA ESTADUAL. REPRESENTAÇÃO. ARRECADAÇÃO E GASTOS ILÍCITOS DE RECURSOS DE CAMPANHA. PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO ELEITORAL (PPE). ART. 105-A DA LEI 9.504/97. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. RETORNO DOS AUTOS. DESPROVIMENTO. 1. Autos recebidos no gabinete em 27.9.2016. 2. O art. 105-A da Lei 9.504/97 - que veda na seara eleitoral adoção de procedimentos contidos na Lei 7.347/85 - deve ser interpretado conforme o art. 127 da CF/88, no qual se atribui ao Ministério Público prerrogativa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e de interesses sociais individuais indisponíveis, e o art. 129, III, que prevê inquérito civil e ação civil pública para proteger interesses difusos e coletivos. Precedentes. (Agravado Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 2229, Acórdão de 04/10/2016, Relator(a) Min. ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 04/11/2016, Página 173).

público, a impossibilidade de sua instauração para apuração apenas de ilícitos eleitorais, sem prejuízo de: i) ser adotado o Procedimento Preparatório Eleitoral já previsto pelo Procurador-Geral da República; ou ii) serem aproveitados para propositura de ações eleitorais elementos que estejam contidos em inquéritos civis públicos que tenham sido devidamente instaurados, para os fins previstos na Constituição e na Lei 7.347/85 (Ministros Henrique Neves e Gilmar Mendes). 2.3. O art. 105-A da Lei 9.504/97 é inconstitucional, pois: i) o art. 127 da CF/88 atribuiu expressamente ao Parquet a prerrogativa de tutela de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis, de modo que a defesa da higidez da competição eleitoral e dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento jurídico eleitoral se situa no espectro constitucional de suas atribuições; ii) a restrição do exercício de funções institucionais pelo Ministério Público viola o art. 129, III, da CF/88, dispositivo que prevê o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos; iii) houve evidente abuso do exercício do poder de legislar ao se afastar, em matéria eleitoral, os procedimentos da Lei 7.347/1985 sob a justificativa de que estes poderiam vir a prejudicar a campanha eleitoral e a atuação política de candidatos (Ministros Luiz Fux e Maria Thereza de Assis Moura). (Recurso Especial Eleitoral nº 54588, Acórdão de 08/09/2015, Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 04/11/2015, Página 15).

Outra questão bastante polêmica diz respeito à possibilidade de instauração do inquérito civil público com base em denúncias anônimas, que são muito corriqueiras nas pequenas cidades, onde o medo de retaliação inibe os cidadãos de bem que querem colaborar com a Justiça.

Trata-se de tema delicado, pois a denúncia anônima também pode ser fruto do ardil de um opositor político, que tenciona direcionar a atuação dos órgãos investigativos, ganhando, assim, tempo e desviando o foco para terceiro.

Diante dessa tensão, acreditamos que o Promotor de Justiça, ao receber uma denúncia anônima, não deve instaurar imediatamente o inquérito civil público, mas valer-se do poder de realizar diligências investigativas

preliminares como forma de coletar elementos indiciários mínimos quanto à plausibilidade da denúncia.

Esse parece também ser o entendimento do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que, ao regulamentar o ICP (vide Resolução nº23/2007), estabeleceu que *“o conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral.”*

Exatamente nessa linha de pensamento o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) indeferiu *habeas corpus* que pretendia a anulação de busca e apreensão pelo fato da mesma não ter decorrido *“somente da denúncia anônima, mas de investigações complementares realizadas pelo Ministério Público”*²⁷¹.

Desataca-se ainda que, considerando o caráter interdisciplinar dos atos de corrupção, é possível que um fato denunciado anonimamente como conduta vedada ou abuso de poder político seja previsto como crime (eleitoral ou comum) e se for instaurado de ofício o inquérito civil para apurar o ilícito cível e depois ajuizar-se tanto a ação cível quanto criminal (esta com o ICP à título de prova emprestada), corre-se o risco de ver a denúncia não ser recebida pela ilegalidade das provas, ou, pior, ver eventual condenação anulada posteriormente²⁷², dando azo até a ocorrência de prescrição. Nesse caso, a cautela é mais do que necessária!

Não obstante isso, ressalto, por questão de lealdade ao leitor, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já fixou o entendimento de que “a denúncia anônima não é óbice à instauração de inquérito civil por parte do Ministério Público. A instauração de inquérito civil é prerrogativa constitucionalmente assegurada ao Parquet, a quem compete a defesa da

²⁷¹ Recurso Especial Eleitoral nº 31931, Acórdão de 04/02/2016, Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Relator(a) designado(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO. No mesmo sentido: “Na hipótese, não ficou configurado o flagrante preparado, mas a mera diligência efetuada em investigação iniciada por denúncia anônima. Violação ao art. 5º, LIV e LVI, da CF e à Súmula 145 do STF afastada.” (Recurso Especial Eleitoral nº 77189, Acórdão de 03/11/2015, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA).

²⁷² “Nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada 'denúncia anônima', desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados. Não se exige que a própria denúncia anônima já venha acompanhada de documentos.” (Agravado Regimental em Agravo de Instrumento nº 635038, Acórdão de 05/05/2015, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA).

ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” e “nesse diapasão, a legislação atinente ao Ministério Público autoriza sua atuação ante o conhecimento de fatos que ensejem sua intervenção, irrelevante tratar-se de denúncia anônima²⁷³.

Outra questão que merece reflexão, pela extrema importância prática, diz respeito à possibilidade da realização de atos investigatórios por particulares e o seu aproveitamento pelo Ministério Público para a deflagração de uma investigação (cível ou criminal).

Excluída a hipótese do anonimato (já estudada acima), destaco que não existe qualquer óbice ao fato de particulares praticarem atos de investigação contra quem quer que seja (Estado ou particulares – pré-candidatos, candidatos, partidos políticos, cabos eleitorais, doadores de campanha etc). No sentido do que defendo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu²⁷⁴ que “A seriedade probatória da acusação penal, definida pela certeza da materialidade e indícios de autoria (justa causa) pode provir de elementos probatórios oriundos ou não do inquérito policial, que não é seu suporte exclusivo de justa causa”, motivo pelo qual “admite-se em tese, pois, a perseguição criminal por qualquer fonte confiável de prova, estatal ou mesmo particular, nada impedindo seja essa fonte de prova provinda do órgão Ministerial.”

Para fins didáticos, dividirei a análise tendo em conta quem seja investigado, ou seja, ente público ou privado.

Se o investigado for um agente público no exercício da função, ou um ente político, ou uma entidade pública, ou até mesmo uma entidade privada que recebe recursos públicos, registro que a investigação é um direito assegurado ao cidadão pela Constituição Federal de 1988, que, dentre outros mecanismos, estabeleceu: 1 – O direito fundamental de liberdade de informação (artigo 5º, XXXIII), segundo o qual “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse

²⁷³ STJ, REsp 1447157/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 20/11/2015.

²⁷⁴ HC 90.174/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015.

coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, cuja regulamentação legislativa (Lei nº12.527/11) foi taxativa no sentido de que “são vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público” (vide artigo 10, §3º) e que a recusa da informação solicitada configura responsabilidade administrativa punível com, no mínimo suspensão, e ato de improbidade administrativa (vide artigo 32); 2 - O direito fundamental do cidadão em ajuizar a ação popular contra atos lesivos ao patrimônio público ou a moralidade administrativa (artigo 5º, LXXIII), tendo, para tanto, a lei de regência (Lei nº4717/65) assegurado o direito do cidadão de requerer “as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas” (vide artigo 1º, §4º), cujo descumprimento configura ato de improbidade administrativa (artigo 11, II, da Lei nº8429/92); 3 – O direito fundamental da ação penal privada subsidiária da pública nos casos de crime com ação pública, se esta não for intentada no prazo legal por quem de direito (artigo 5º. LIX).

Trata-se, *mutatis mutandis*, da aplicação da teoria dos poderes implícitos, que foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para legitimar os atos investigatórios realizados diretamente pelo Ministério Público na seara criminal. Ora, se o particular/cidadão dispõe do fim (possibilidade de ajuizamento de ações), não é lícito lhe inibir os meios (atividade investigativa).

Pois bem, esclarecida a situação inicial, passamos a analisar o fato da investigação ter como alvo um particular. Entendo que, diante do direito fundamental do manejo da ação penal privada subsidiária da pública, da teoria dos poderes implícitos²⁷⁵ e da garantia constitucional de que ninguém é obrigado a deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (vide artigo 5º, II, da CF/88), é plenamente possível a atividade investigativa realizada/promovida por um particular (pessoa física/jurídica) contra outro sujeito de igual categoria. É claro que, nesse caso, a ação encontra-se

²⁷⁵ Lembre-se que os partidos políticos, as coligações e os candidatos possuem legitimidade ativa para a quase totalidade das ações eleitorais.

limitada pelas mais variadas garantias constitucionais e legais asseguradas em prol dos cidadãos, não sendo, porém, vedada a sua busca e/ou arrecadação por pessoas alheias aos órgãos responsáveis pelas investigações oficiais. Nesse tocante, incide a teoria da eficácia horizontal (privada ou externa) dos direitos fundamentais, já aplicada em situações muito menos gravosas pelo Supremo Tribunal Federal (STF)²⁷⁶, quiçá, então, em atividade que possui nítida tendência à colidir com as garantidas fundamentais asseguradas a todos pelo Texto Supremo.

Exemplo bastante elucidativo da aplicação dessa teoria dá-se no caso das gravações ambientais realizadas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e em ambiente privado. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), fixada em decisão com repercussão geral, tal atividade é lícita (RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009). Ocorre que, a despeito disso, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) vinha, até meados de abril de 2019, contrariando tal entendimento ao afirmar, sucessivamente, que as gravações apenas possuem validade se realizadas em ambiente público ou de caráter privado em situações cuja expectativa de privacidade não exista, ainda que seja para praticar crimes eleitorais da maior gravidade possível. Senão, vejamos: “Ilícitude das gravações ambientais. Conquanto se guardem reservas em relação à tese de que é prova ilícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, mormente se verificado que não se cuida de interceptação telefônica sem autorização, entendida assim como a realizada por terceiro estranho à conversa, constata-se que, nas eleições de 2012, a conclusão acerca da ilicitude daquele meio de prova está consolidada quando realizada em ambiente privado. 3.1. No caso concreto, a gravação realizada pelo filho de um eleitor fora realizada em sua residência, sem informação de que se tratava de uma reunião ou outro evento público, o que, segundo a jurisprudência do TSE, revela ser ilícita a

²⁷⁶ Eis o trecho do Acórdão que se encaixa perfeitamente a tese ora proposta: “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

gravação. 3.2. Quanto às demais gravações, além de inexistirem no acórdão elementos que apontem onde e como ocorreram, o recurso especial eleitoral não assinala que as gravações foram realizadas em ambiente privado, simplesmente afirma que a gravação clandestina viola a intimidade. A moldura fática delineada no acórdão regional indica que as conversas não eram particulares, em ambiente privado, mas com a participação de diversas pessoas, inclusive cabos eleitorais dos recorrentes, que são pessoas que buscam justamente a ampla exposição da imagem e das ideias do candidato junto ao público em geral, o que, obviamente, não envolve a privacidade. Precedentes do TSE e doutrina.” (Agravado Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 24424, Acórdão de 17/11/2016, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Volume 392-393, Tomo 24, Data 02/02/2017, Página 389)²⁷⁷.

As consequências dessa posição da Colenda Corte Eleitoral – equivocada, diga-se de passagem,- eram extremamente sérias e prejudiciais para a democracia brasileira e um processo eleitoral hígido, pois tem-se considerado ilícita a instauração de investigação com base em gravação realizada em espaço privado por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, assim como o ajuizamento da ação de responsabilização²⁷⁸ e, até mesmo a oitiva daquele como testemunha no processo judicial²⁷⁹.

²⁷⁷ No mesmo sentido, conferir: Recurso Especial Eleitoral nº 54542, Acórdão de 23/08/2016, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Relator(a) designado(a) Min. ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 18/10/2016, Página 85/86. É importante registrar que, na própria Corte Eleitoral, existem vozes dissidentes a esse entendimento, que só faz estimular a corrupção eleitoral e a impunidade, destacando-se o Ministro Herman de Vasconcellos e Benjamin, que já asseverou: “Embora guarde ressalva quanto a esse entendimento, que a meu ver demanda estudo mais cuidadoso e atento à necessidade de se preservar a lisura do pleito e a paridade de armas entre candidatos, deve ser ele mantido para as Eleições 2012 em atenção à segurança jurídica, postulado contido no art. 16 da CF/88.” (Agravado Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 43713, Acórdão de 01/08/2016, Relator(a) Min. ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 30/09/2016). Portanto, urge que se faça o pré-questionamento da matéria desde o início das ações eleitorais com o fim de permitir recursos ao Supremo Tribunal Federal, para fazer valer o seu entendimento.

²⁷⁸ Habeas Corpus nº 30990, Acórdão de 01/09/2015, Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 209, Data 05/11/2015, Página 63-64.

²⁷⁹ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 66119, Acórdão de 29/09/2015, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 209, Data 05/11/2015, Página 62-63.

Felizmente, referida interpretação ficou ultrapassada e a Corte, doravante, passou a fixar a seguinte tese: “Admite-se, em regra, como prova do ilícito eleitoral, a gravação ambiental feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e sem prévia autorização judicial, seja em ambiente público ou privado”²⁸⁰.

Além disso, cumpre registrar que o Novo Código de Processo Civil (artigo 384), legitima a investigação particular e até permite que seja dada fé pública a atos investigativos praticados por agentes não estatais, ao dispor sobre a ata notarial, que é o instrumento apto a atestar ou documentar a existência e o modo de existir de algum fato, inclusive, prevendo a possibilidade de nela constar as informações apresentadas por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos.

Também ressaltamos que não existe, *a priori*, qualquer ilegalidade nas famosas “perseguições” que os “fiscais” dos partidos fazem sobre os principais cabos eleitorais de seus opositores nos dias finais do pleito, com o intuito de flagrar alguma conduta ilícita, em especial a compra de votos. Ora, se é permitido a “qualquer um” realizar a prisão em flagrante de quem esteja cometendo um crime (artigo 301, do Código de Processo Penal), tem-se como consequência ser lícito qualquer um fiscalizar para fazer cessar ou registrar a prova da possível prática de um ilícito que tenha conhecimento, embora o recomendável seja a comunicação prévia às autoridades competentes, pois seguir outra pessoa – no atual contexto de insegurança reinante em nosso país – pode ser algo muito perigoso para a própria segurança, já que nunca se sabe qual será a reação da pessoa fiscalizada, que pode estar armada, ou até mesmo causar um mal contra o perseguidor alegando “temor” pela sua vida ou patrimônio. Portanto, diante do exposto, são plenamente válidas as investigações realizadas por particulares que respeitem as garantias constitucionais e legais dos investigados.

(...)

²⁸⁰ Informação disponível em <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Maio/tse-confirma-validade-de-gravacao-como-prova-de-compra-de-votos>, e acessada em 12/05/2019, às 09:00 horas.

A atuação preventiva do Ministério Público aperfeiçoa-se com a expedição da recomendação administrativa, que nada mais é do que um comunicado formal do *Parquet* dirigido a determinada pessoa física/jurídica ou a uma autoridade pública para que a mesma se abstenha de praticar determinado comportamento ilícito, sob pena de ajuizamento da ação cabível ao caso concreto.

Foi prevista no artigo 27, IV, da Lei nº8625/93 e regulamentado pelo artigo 15 da Resolução nº23-CNMP, segundo o qual ‘o Ministério Público, nos autos do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações devidamente fundamentadas, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover. ‘

Observe-se que o parágrafo único do mesmo artigo 15 da Resolução nº23-CNMP diz que “é vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública”, do que se extrai o seu aspecto preventivo e anterior à ocorrência do ilícito, que é a sua característica diferenciadora em relação ao termo de ajustamento de conduta (TAC)²⁸¹.

Trata-se de instrumento facultativo, mas que serve para a comprovação do dolo ou da malícia do sujeito desobediente, que não pode alegar em juízo desconhecimento quanto ao fato e a ilicitude denunciada, argumento bastante recorrente por parte dos investigados e processados por lesão ao patrimônio público.

Referida providência, na seara eleitoral, é utilizada, sobretudo, para evitar casos de abuso de poder político, condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral, captação ilícita de sufrágio, propaganda eleitoral antecipada e irregularidades nas convenções partidárias.”

²⁸¹ Nesse mesmo sentido: “A previsão é correta porque distingue claramente um ato que tem natureza de mera sugestão ao investigado de atos de solução do conflito (termo de ajustamento de conduta) ou de ação coletiva para a tutela do direito violado ou ameaçado de violação. E tem servido à doutrina para confirmar o entendimento de que a recomendação somente é cabível antes da prática do ato ilícito, porque, uma vez havendo a ilicitude ao Ministério Público, cabe a propositura da ação coletiva ou a tomada de termo de ajustamento de conduta.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. 3ª Edição, JusPodivm, 2016, p.512)

XXI - A Lei Federal nº8.666/1993, que trouxe ampla e detalhada regulação sobre as licitações públicas e suas hipóteses de exceção (como a dispensa e inexigibilidade – artigos 17, 24 e 25)²⁸², tendo fixado diversos crimes (artigos 89 a 99) voltados para a garantia da ampla concorrência, da lisura do certame e a contratação da melhor proposta para o Poder Público, cuja condenação (pela forma tentada ou consumada) sujeita seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda automática do cargo, emprego, função ou mandato eletivo (artigo 83).

É importante destacar que os crimes licitatórios tiveram sua aplicabilidade expandida pelo artigo 41, da Lei nº13.303/2016, para fatos ocorridos no âmbito de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios²⁸³.

²⁸² No que diz respeito, porém, as contratações de obras, serviços, compras e alienações de bens, bem como locações de bens, a legislação federal traz hipóteses de exceções expressas, quais sejam: a) Licitações Dispensadas (artigo 17, incisos I, II c/c §2º, 3º e 4º, da Lei nº8666/93), que são hipóteses em que, apesar de existir viabilidade de concorrência, o certame deixa de ocorrer porque a própria lei o dispensa. Referem-se aos casos de alienação de bens (móveis ou imóveis) da Administração Pública, que, via de regra dependem da ocorrência da licitação, mas que nessas específicas fica dispensada; b) Licitações Dispensáveis (artigo 24, da Lei nº8666/93), que se caracterizam pela circunstância de, a despeito da possibilidade de concorrência, o legislador relegou ao administrador público a decisão de realizar ou não o procedimento licitatório; c) Inexigibilidade de Licitação (artigo 25, da Lei nº8666/93), que representam hipóteses em que se verifica a impossibilidade (fática e/ou jurídica) de concorrência, motivo pelo qual o administrador deve realizar a contratação direta sem a licitação; d) Dação em Pagamento de Bens Imóveis (artigo 156, XI, do Código Tributário Nacional), que consiste no recebimento de bens imóveis como forma de extinguir o crédito tributário. Sobre esse tema, convém referenciar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que nenhum ente político, à exceção da União, pode prever em legislação própria outras hipóteses de dispensa do procedimento licitatório, *in verbis*: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). I - Lei ordinária distrital - pagamento de débitos tributários por meio de dação em pagamento. II - Hipótese de criação de nova causa de extinção do crédito tributário. III - Ofensa ao princípio da licitação na aquisição de materiais pela administração pública. IV - Confirmação do julgamento cautelar em que se declarou a inconstitucionalidade da lei ordinária distrital 1.624/1997. (ADI 1917, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00022 EMENT VOL-02286-01 PP-00059 RDDT n. 146, 2007, p. 234-235 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 53-63 RT v. 96, n. 866, 2007, p. 106-111).

²⁸³ Para além dos citados diplomas, existem outros que também regulam a questão das contratações públicas e que se valem das proibições constantes da Lei nº8.666/1993, como é o caso das seguintes: Lei Federal nº8.987/1995 (regula os certames para os contratos de concessão e permissão do serviço público), Lei Federal nº11.079.2004 (trata das licitações atinentes à parcerias público-privadas), Lei Complementar nº123/2006 (dispõe sobre o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), Lei Federal nº12.232/2010 (disciplina as normas gerais para a contratação pela Administração dos serviços de publicidade prestados por meio de agências de propaganda) e a Lei Federal nº12.462/2011 (Regime Diferenciado das

XXII - A Lei Federal nº8.730/1993, que estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como forma de acompanhar a evolução patrimonial e detectar sinais exteriores de riqueza decorrentes do enriquecimento ilícito.

Sobre o tema, convém lembrar que o artigo 9º, VII, da Lei nº8.429/1992, tipificou como ato de improbidade administrativa o fato de “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”, cuja divisão do ônus da prova já foi definido no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁸⁴.

XXIII – A Lei Federal nº9.279/1996, que tipifica atos de corrupção privada consistentes em concorrência desleal²⁸⁵, com a peculiar nota de ser o único crime de corrupção que traz *ab initio* a previsão de que a ação penal será privada, mediante oferecimento de queixa-crime²⁸⁶.

XXIV – A “Lei das Interceptações Telefônicas” (Lei Federal nº9.296/1996), que representa um dos principais marcos probatórios no combate à corrupção, já que permite o monitoramento, em tempo real ou de maneira remota, dos diálogos travados entre os agentes investigados, permitindo, inclusive, a antecipação dos órgãos investigatórios sobre novos

Contratações Públicas).

²⁸⁴ “Na apuração do ato de improbidade, previsto no art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, cabe ao autor da ação o ônus de provar a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente, no exercício de cargo público. Uma vez comprovada essa desproporcionalidade, caberá ao réu, por sua vez, o ônus de provar a licitude da aquisição dos bens de valor tido por desproporcional.” (AgRg no AREsp 548.901/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2016).

²⁸⁵ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: X - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador.

²⁸⁶ Art. 199. Nos crimes previstos neste Título somente se procede mediante queixa, salvo quanto ao crime do art. 191, em que a ação penal será pública.

crimes ou atos tendentes a obstruir a livre colheita da prova ou o regular fluxo de processos correlatos²⁸⁷.

XXV - A “Lei da Tortura” (Lei Federal nº9.455/1997), que, concretizando o mandado constitucional de que “ninguém será submetido a tortura nem a

²⁸⁷ Talvez, o caso mais emblemático da importância das interceptações telefônicas seja o narrado no Mandado de Segurança XXXX, em que o Ministro Gilmar Mendes deferiu liminar para suspender a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva, então investigado (e hoje, preso e condenado) na “Operação Lava-Jato” após divulgação de diálogo entre o mesmo e a então Presidente da República, Sra. Dilma Rousseff, que combinavam a nomeação do mesmo para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil com o intuito claro de deslocar a competência da 13ª Vara de Curitiba. Dada a relevância da causa, pedimos vênias para citar o trecho da decisão monocrática que mostrou a inquestionável valia da interceptação no caso: “No caso concreto, a alegação é de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido empossado justamente para deslocar o foro para o STF e salvaguardar contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF. Havia investigações em andamento, que ficariam paralisadas pela mudança de foro, uma delas que ensejou medidas de busca e apreensão contra Luiz Inácio Lula da Silva— Operação Aletheia, desdobramento da Lava Jato. Havia uma denúncia pendente de apreciação, acompanhada de um pedido de decretação de prisão preventiva – caso Bancoop. É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E “autoevidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais. Não se nega que as investigações e as medidas judiciais poderiam ser retomadas perante o STF. Mas a retomada, no entanto, não seria sem atraso e desassossego. O tempo de trâmite para o STF, análise pela PGR, seguida da análise pelo relator e, eventualmente, pela respectiva Turma, poderia ser fatal para a colheita de provas, além de adiar medidas cautelares. Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar fraude à Constituição. A rigor, assim como nos precedentes acerca da manutenção da competência do Tribunal em caso de renúncia em fase de julgamento, não seria necessário verificar os motivos íntimos que levaram à prática do ato. A simples nomeação, assim como a renúncia, demonstram suficientemente a fraude à Constituição. Mas, neste caso, o elemento subjetivo é revelado por riqueza probatória que não merece passar despercebida. As impetrações são amparadas em provas produzidas no Processo 50062059820164047000, da 13ª Vara Federal de Curitiba, no qual foi determinada a interceptação de vários telefones, entre eles terminais utilizados por Luiz Inácio Lula da Silva. Em decisão datada de 16.3, o juiz da causa levantou o sigilo das gravações, pelo que não há óbice em utilização como prova neste procedimento – e. 135. (...) O objetivo da Presidente da República de nomear Luiz Inácio Lula da Silva para impedir sua prisão é revelado pela conversa seguinte, em 16.3, 13h32. Trata-se de diálogo sobre o termo de posse, com o seguinte conteúdo: “DILMA: Alô. LILS: Alô. DILMA: LULA, deixa eu te falar uma coisa. LILS: Fala querida. “Ahn” DILMA: Seguinte, eu tô mandando o “BESSIAS” junto com o PAPEL pra gente ter ele, e só usa em caso de necessidade, que é o TERMO DE POSSE, tá?! LILS: “Uhum”. Tá bom, tá bom. DILMA: Só isso, você espera aí que ele tá indo aí. LILS: Tá bom, eu tô aqui, eu fico aguardando. DILMA: Tá?! LILS: Tá bom. DILMA: Tchau. LILS: Tchau, querida”. A Presidente diz que enviará o termo de posse “para gente ter ele”, mas orienta: “só usa em caso de necessidade”. Em suas manifestações sobre o diálogo, a Presidente sustentou que estava mandando uma versão do termo de posse. A justificativa é de que o novo ministro não saberia se poderia ir à cerimônia, marcada para a manhã do dia 17.3. Assim, a Presidente teria mandado o emissário não para entregar o termo, mas para colher a assinatura do empossando, para que o documento ficasse arquivado na Presidência. (...) O objetivo da falsidade é claro: impedir o cumprimento de ordem de prisão de juiz de primeira instância. Uma espécie de salvo conduto emitido pela Presidente da República. Ou seja, a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar. Assim, é relevante o fundamento da impetração.” (Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995627&ext=.pdf> e acessado no dia 04/06/2019, às 08:06 horas).

tratamento desumano ou degradante” (artigo 5º, III), pune o responsável pelos atos assim tipificados²⁸⁸ com penas privativas de liberdade relativamente altas e, no caso de servidor público, com a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada (artigo 1º, §5º). Ademais, cumpre lembrar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que esse tipo de corrupção é delito inafiançável, insuscetível de graça ou anistia (artigo 5º, XLIII), cujo comando é complementado pelo §7º do artigo 1º da lei em comento, segundo o qual o condenado por tortura, salvo a hipótese da modalidade omissiva constante do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Por fim, não se deve olvidar que o responsável pela tortura, quando servidor público ou particular que tenha participado, induzido ou se beneficiado do ato, também estará sujeito a processo por improbidade administrativa, por clara violação aos princípios da Administração Pública²⁸⁹.

²⁸⁸ Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos. § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço: I - se o crime é cometido por agente público; II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; III - se o crime é cometido mediante sequestro.

²⁸⁹ Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ): ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POLICIAIS CIVIS. TORTURA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Histórico da demanda 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual contra o ora recorrido, policial, pela prática de supostos atos de tortura. 2. O Juiz de 1º Grau recebeu a petição inicial, e desta decisão os réus, ora recorridos, interpuseram Agravo de Instrumento. 3. O Tribunal a quo deu provimento ao Agravo de Instrumento para trancar a Ação de Improbidade Administrativa, e assim consignou na decisão: "Não obstante a gravidade dos fatos narrados na referida Ação Civil, dando conta da prática abominável de Tortura perpetrada por agentes policiais contra presos mantidos sob a sua custódia, que sem sombra de dúvidas merecem e devem ser cuidadosamente investigados, entendo não ser a Ação por Improbidade Administrativa a via adequada para tanto. In casu, o autor/agravado embasa a demanda em fatos ocorridos na Comarca de Lagarto, sustentando, em suma, que os terem submetido alguns presos que se encontravam custodiados na delegacia local a "espancamentos, asfixia e graves ameaças, para confessarem a prática de crimes", configurando, segundo alega, ato de improbidade administrativa por violação dos princípios

constitucionais da legalidade, impessoalidade e imparcialidade da Administração Pública, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, da Lei nº 8.429/92, como também nas condutas previstas no art. 10, § 20, da Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura)." (fls. 122-123, grifo acrescentado). Tortura: improbidade administrativa 4. Injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais se incluem a tortura, praticados por servidor público, quanto mais policial armado, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa. 5. Conforme orientação jurisprudencial do STJ, eventual punição administrativa do servidor faltoso não impede a aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa, porque os escopos de ambas as esferas são diversos; e as penalidades dispostas na Lei 8.429/1992, mais amplas. Precedentes: MS 16.183/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, DJe 21.10.2013, MS 15.054/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJe 19.12.2011, MS 17.873/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 2.10.2012, AgRg no AREsp 17.974/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11.11.2011, MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Terceira Seção, DJe 22.8.2014, e MS 13.357/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 18.11.2013. Universo dos sujeitos abrangidos pelas sanções da Lei 8.429/92 6. "A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida" (REsp 1.297.021/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.11.2013, DJe 20.11.2013). Universo das vítimas protegidas pela Lei 8.429/92 7. A detida análise da Lei 8.429/1992 demonstra que o legislador não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade ímproba para fins de configuração do ato ilícito. Impõe, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor, pressuposto da boa e correta Administração Pública. Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, fenômeno pluriofensivo, de tal modo que pode atingir bens jurídicos e pessoas diversos de maneira concomitante. 8. Na avaliação do ato de improbidade administrativa, o primordial é verificar se, entre os bens atingidos pela postura do agente público, existe algum vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata a Administração Pública estará vulnerada; e o art. 1º da Lei 8.429/1992, plenamente atendido. Ofensa aos princípios administrativos por policiais civis e militares 9. No caso dos autos, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade e grave atentado a direitos humanos fundamentais. Como resultado, tal postura imprópria tem o condão de afrontar não só a Constituição da República (arts. 1º, III, e 4º, II) e a legislação infraconstitucional, mas também tratados e convenções internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto 678/1992). Possibilidade, pois, de responsabilização nas ordens interna e externa. 10. Nos termos do art. 144 da Constituição Federal, as forças de segurança são vocacionadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas. Assim, o agente público incumbido da missão de garantir o respeito à ordem pública, como é o caso do policial, ao descumprir com suas obrigações legais e constitucionais de forma frontal, mais que atentar apenas contra um indivíduo, atinge toda a coletividade e a corporação a que pertence de forma imediata. 11. O legislador, ao prever, no art. 11 da Lei 8.429/1992, que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração, a proteção da legitimidade social, da imagem e das atribuições dos entes/entidades estatais. Daí resulta que atividade que atente gravemente contra esses bens imateriais tem a potencialidade de ser considerada improbidade administrativa. 12. A tortura perpetrada por policiais contra presos mantidos sob a sua custódia tem ainda outro reflexo jurídico imediato, que é o de gerar obrigação indenizatória ao Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Há aí, como consequência, interesse direto da Administração Pública. Uso ilegal de Bens e Prédios Públicos 13. Na hipótese dos autos, o ato ímprobo se caracteriza quando se constata que as vítimas foram torturadas, em instalações públicas, ou melhor, na Delegacia de Polícia. O V. Acórdão recorrido afirma: "...terem submetido alguns presos que se encontravam custodiados na delegacia local a "espancamentos, asfixia e graves ameaças, para confessarem a prática de crimes". (fls. 122-123, grifo acrescentado). Conclusão: violência policial arbitrária é ato que viola frontalmente os mais elementares princípios da Administração Pública 14. A violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas sim contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e

XXVI - A “Lei das Eleições” (Lei Federal nº9.504/1997), que contempla diversas normas anticorrupção (de natureza cível e criminal), como: r.1) criação de rígido sistema de arrecadação e aplicação vinculada de recursos financeiros para as campanhas (artigos 17 a 27); r.2) captação ilícita de sufrágio (artigo 41-A), conhecida como “corrupção eleitoral cível” e que não constava na redação original da lei, sendo fruto de projeto legislativo decorrente de iniciativa popular; r.3) condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral (artigos 73 a 78), que representam verdadeiras limitações ao uso da estrutura física e de pessoal da Administração Pública em benefício de partidos, coligações ou candidatos²⁹⁰; r.4) a tipificação como crime eleitoral do uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista (vide artigo 40).

XXVII – A “Lei dos Crimes Ambientais” (Lei Federal nº9.605/1998), cujas disposições trataram da responsabilidade administrativa, civil e penal das pessoas jurídicas nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no

respeitabilidade. Tanto assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322, do Código Penal, que integra o Capítulo I (“Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública, grifo acrescentado”), que por sua vez está inserido no Título XI (“Dos Crimes contra a Administração Pública”), e também nos artigos 3º e 4º da Lei 4.898/65, que trata do abuso de autoridade. 15. Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados - incluindo tortura, prisão ilegal e “justiciamento” -, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança simultaneamente interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito. Nesse sentido: REsp 1081743/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2015, acórdão ainda não publicado. 16. Recurso Especial conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja recebida a petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa. (STJ, REsp 1177910/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 17/02/2016).

²⁹⁰ Para todos esses casos, a legislação prevê a sanção de cassação do registro ou do diploma do candidato que tenha participado, direta ou indiretamente, da conduta ilícita, cuja aplicação cumulativa tem sido flexibilizada indevidamente pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Disso, cuidaremos mais à frente.

interesse ou benefício da sua entidade. No que toca aos delitos de corrupção na área ambiental, destacamos a sua tipificação entre os artigos 66 e 69-A.

XXVIII - A Lei Federal nº9.613/1998, conhecida como “**Lei da Lavagem de Dinheiro**”, que foi aperfeiçoada posteriormente pela Lei Federal nº12.863/2012, cujas disposições penalizam, de maneira autônoma, os mecanismos de ocultação da propriedade de bens e ativos decorrentes da prática de crimes e que, além das penas privativas de liberdade e patrimoniais (como a perda de valores, direitos ou bens relacionados com a prática criminosa), trouxe outra importante medida, qual seja, a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada. (vide artigo 7º, incisos I e II).

Além disso, referida lei criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que possui relevante atuação no combate à corrupção ao realizar ações de inteligência e interlocução junto ao Ministério Público voltadas para a detecção de movimentações financeiras suspeitas.

Também consta dessa lei (artigo 1º, §5º) modalidade de colaboração premiada, inserida pela Lei Federal nº12.683/2012, *in verbis*: “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

XXIX - A “Lei do Processo Administrativo Federal” (Lei nº9.784/1999), que trouxe importantes disposições referentes à atuação e controle do Poder Público no exercício da atividade administrativa, como a explicitação do princípio da motivação, que deve, segundo o entendimento doutrinário majoritário, estar presente em todos os tipos de atos administrativos, independente de obrigação legal²⁹¹, pois seria uma decorrência do dever de

²⁹¹ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II -

transparência²⁹² a que estão submetidos os agentes públicos e a forma mais eficaz de se controlar os vícios eventualmente existentes, em especial nos discricionários, cuja teoria dos motivos determinantes permitiria as simulações tão recorrentes no dia a dia administrativo²⁹³.

Reforçando a importância desse diploma legal em todos os âmbitos federativos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou, em 2019, a Súmula nº633, segundo a qual “a Lei 9.784/99, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para revisão de atos administrativos no âmbito da administração pública federal, pode ser aplicada de forma subsidiária aos

imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

²⁹² “O fundamento da exigência de motivação é o princípio da transparência da administração pública (que deriva diretamente do princípio da publicidade), cuja base mediata é o princípio da indisponibilidade do interesse público. De forma mais ampla, a cidadania fundamenta a exigência de motivação, uma vez que esta é essencial para assegurar o efetivo controle da administração, inclusive o popular.” (ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 25ª edição, 2017, p.552).

²⁹³ “Nestes termos, a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, sendo exigida tanto nos atos vinculados quanto nos discricionários. Em certos atos vinculados a simples menção do fato e da regra de Direito a ser aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação, uma vez que nos atos vinculados os motivos já vêm expressados na lei, de modo que a aplicação desta é quase automática. Nos atos discricionários, ante os quais a Administração goza de relativa liberdade de escolha, inclusive quanto aos motivos, apesar desta envolver mérito administrativo, haverá, com maior razão ainda, necessidade de motivação. (...) Enfim, via de regra, o ato administrativo deve ser sempre motivado, pouco importando que ele seja discricionário ou vinculado. A motivação pode ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Contudo, a própria Constituição abre algumas exceções ao princípio da motivação obrigatória dos atos administrativos: os cargos em comissão, por exemplo, são de livre nomeação e exoneração; ou seja, o ato de exoneração do servidor público de um cargo em comissão ou de uma função de confiança não precisa ser motivado. Entretanto, se o administrador motiva qualquer desses atos, ele estará vinculado ao motivo, em face da aplicação da teoria dos motivos determinantes. A teoria dos motivos determinantes implica para a Administração Pública a total vinculação com os motivos que apresenta para a prática do ato, de tal sorte que, inexistentes os motivos, expõe-se o ato à invalidação. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 17ª edição, 2019, p.57).

Estados e municípios se inexistente norma local e específica regulando a matéria.”

XXX- A Lei Federal nº9.807/1999, cujo teor estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas coagidas ou expostas à graves ameaças, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Referido instrumento dá às testemunhas e corréus que prestarem relevantes informações para o deslinde das investigações diversos benefícios processuais (perdão judicial, extinção da punibilidade, redução de pena, alteração de nome completo próprio e dos familiares perante o registro civil, ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; ou suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar).

Pode-se dizer que, ainda timidamente, essa lei contempla a possibilidade de proteção aos *whistleblowers*²⁹⁴, importante ferramenta anticorrupção mundo a fora e que tem grande chance de incorporado de maneira detalhana no sistema brasileiro anticorrupção se aprovado como proposto

²⁹⁴ “O termo ‘*whistleblower*’ é uma junção das palavras ‘blow’ e ‘whistle’, que traduzidas ao português significam ‘soprar o apito’. Não há informações exatas de onde o termo provém. Para alguns, seria de origem norte-americana, em razão de ‘um árbitro com camisa listrada, que em uma partida de basquete ou futebol americano, faz soar o apito ante alguma infração, chamando a atenção de todos para que a conduta seja interrompida’, outros relacionam a expressão à Inglaterra, onde um ‘policial perseguindo um ladrão sopra o seu apito para chamar a atenção das pessoas. De forma muito comum, vemos com frequência a utilização dos termos *whistleblowing* e *whistleblower* indiscriminadamente, gerando uma certa confusão ao leitor. É importante que se tenha em mente que *whistleblowing* se refere ao ‘ato de alertar’, enquanto a palavra *whistleblower* deve ser empregada quando se pretender referir ‘ao indivíduo que realiza o ato de alertar’. O ativista americano Ralph Nader, em 1971, descreveu o *whistleblowing* como um ato de um homem de uma mulher que, acreditando que o interesse público é maior que o interesse da organização a que está vinculado, emite o alerta de que tal organização está envolvida em atividades corruptas, ilegais ou fraudulentas.” (CASTILHO, Diego Gomes. *Whistleblowing: Principais Características e Vantagens. O que o Brasil está perdendo?*, in *Corrupção como Fenômeno Supralegal* – Coord. Luiz Henrique Sormani Barbugiani. Curitiba: Juruá, 2017, p.76).

no “Pacote Anticrime” formulado pelo atual Ministro da Justiça, Dr. Sérgio Moro.

XXXI - A Lei Complementar Federal nº101/2000 (“Lei de Responsabilidade Fiscal”), que instituiu normas de finanças públicas voltadas para a transparência e responsabilidade na gestão fiscal, cujo descumprimento configura, a um só tempo, ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade²⁹⁵.

XXXII – A Lei Federal nº10.028/2000, que além de inserir 8 (oito) novos tipos de crimes contra a Administração Pública, 13 (treze) novas hipóteses de crimes de responsabilidade na Lei Federal nº1.079/1950 e mais 8 (oito) crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais no artigo 1º, do Decreto-Lei nº201/1967, previu a única hipóteses de infrações administrativas contra as leis de finanças públicas que tem como sanção uma multa direta e pessoal pré-fixada em 30% do vencimento anual do agente público que lhe der causa, cujo processo e julgamento é privativo do Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida²⁹⁶.

XXXIII - O Estatuto das Cidades (Lei Federal nº10.257/2001), que, ao estabelecer a diretrizes gerais da política urbana, trouxe a fixação de atos de improbidade administrativa por parte de Prefeitos Municipais e demais agentes públicos envolvidos, como os casos recorrentes de deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel

²⁹⁵ Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.

²⁹⁶ Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas: I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei; II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei; III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei; IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo. § 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal. § 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.

incorporado ao patrimônio público, ou adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado, dentre outros.

XXXIV - O “Estatuto do Torcedor” (Lei Federal nº10.671/2003), que, nos artigos 41-C, 41-D e 41-E²⁹⁷, previu crimes de corrupção na seara esportiva, dos quais muito se ouve falar, mas pouco se tem notícia de investigações ou processos judiciais alusivos aos mesmos.

XXXV - A “Lei de Acesso à Informação” (Lei nº12.527/2011), que regulamentou o inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, permitindo que o cidadão possa obter todos os dados atinentes ao exercício de qualquer ação pública, salvo aqueles declarados como sigilosos a bem do interesse público.

Dada a importância do tema, o artigo 32, §2º, do citado diploma legal, tipifica como ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade as condutas de: I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; III - agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; VI - ocultar da revisão de autoridade superior

²⁹⁷ Art. 41-C. Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado. Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa. Art. 41-D. Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva ou evento a ela associado: Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa. Art. 41-E. Fraudar, por qualquer meio, ou contribuir para que se fraude, de qualquer forma, o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado. Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e VII - destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

XXXVI - Lei Federal nº12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico²⁹⁸.

Cumpra destacar também que esse diploma legal traz uma forma específica de colaboração premiada voltada às empresas, empresários e demais envolvidos nesse tipo de infração (chamado de acordo de leniência), que pode ser celebrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nos moldes dos artigos 86 e 87 do diploma legal em referência²⁹⁹.

²⁹⁸ “A livre concorrência está expressamente elencada no art. 170 da CF/88 como princípio geral da atividade econômica (inciso IV), e existem basicamente duas formas pelas quais o Estado se propõe a concretizar esse princípio: coibição das práticas de concorrência desleal, inclusive tipificando-as como crime, e repressão ao abuso de poder econômico, caracterizando-os como infração contra a ordem econômica. No primeiro caso, as sanções estão previstas nos artigos 183 e seguintes da Lei 9.279/1996, e o objeto da punição estatal são condutas que atingem um concorrente *in concreto* (por exemplo: contrafação de marca). No segundo caso, por sua vez, as sanções estão previstas no art. 36 da Lei 12.529/2011, e o objeto da punição estatal são condutas que atingem a concorrência *in abstracto*, isto é, o próprio ambiente concorrencial (por exemplo: formação de cartel). Em princípio, a defesa da livre concorrência poderia significar apenas um não fazer estatal, deixando o mercado funcionar livremente, ou no máximo poderia significar uma atuação estatal mínima, coibindo as práticas de concorrência desleal mencionadas acima. No entanto, há algum tempo o entendimento predominante é o de que a livre concorrência pode ser restringida ou eliminada por práticas unilaterais ou colusivas dos próprios agentes econômicos privados, o que exige uma intervenção estatal para prevenir e reprimir essas condutas. (...) Atualmente, a lei a que se refere o dispositivo constitucional em questão é a Lei 12.529/2011, que disciplina o chamado Direito Antitruste ou Direito Concorrencial.” (SANTA CRUZ, André. *Direito Empresarial*. Salvador: JusPodivm, 2018, 1ª edição, 3ª tiragem, p.28-29).

²⁹⁹ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da

XXXVII - A Lei Federal nº12.813/2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego.

XXXVIII - A “Lei Anticorrupção Empresarial” (Lei Federal nº12.846/2013), que estabeleceu a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Nesse tocante, cumpre destacar que não há qualquer antinomia ab-rogante entre essa lei e a de improbidade administrativa, mas, sim, uma relação de complementariedade e especialidade, sendo essa última voltada para a responsabilização

propositura do acordo; e IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo. § 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência. § 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei. § 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas. § 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio. § 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada. § 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação. § 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal. § 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento. Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo

subjetiva dos agentes públicos ou privados envolvidos e das pessoas jurídicas beneficiárias dos atos de corrupção, ao passo que aquela apenas objetivou a responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em atos daquela natureza.

Além disso, dispôs a lei também sobre a figura do acordo de leniência (artigo 14), uma espécie de “delação premiada da empresa”, que permite a mesma ficar isenta de algumas sanções, como a proibição de contratar com o Poder Público e autoriza a redução de multas impostas em até 2/3, bem como possibilitou a suspensão cautelar de funcionamento e extinção das sociedades empresárias envolvidas nos atos de corrupção por ela descritos.

A importância dessa lei no cenário anticorrupção é inquestionável, pois, a partir dela, incentiva-se a construção de uma cultura empresarial de integridade, calcada na premissa de sistemas próprios de controle (*compliance*), colaboração dos investigados e negociação para resultados mais profícuos na causa anticorrupção³⁰⁰.

³⁰⁰ Nesse sentido, lapidar a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (órgão judicial revisor das ações oriundas da “Operação Lava-Jato” em Curitiba: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI ANTICORRUPÇÃO. MICROSSISTEMA. ACORDO DE LENIÊNCIA. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA. 1. A Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC) estatuiu sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de natureza privada pela prática de atos contrários aos interesses do Poder Público e sua administração, tanto nacionais quanto estrangeiras. 2. O Acordo de Leniência pressupõe como condição de sua admissibilidade que a pessoa jurídica interessada em fazê-lo manifeste *prima facie* sua disposição, reconhecendo expressamente a prática do ato lesivo, cessando-o e prestando cooperação com as investigações, além de reparar integralmente o dano causado. 3. O Acordo de Leniência é uma espécie de colaboração premiada em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos de corrupção, justamente para viabilizar maior celeridade e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, vis-a-vis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público. 4. Enquanto a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) busca, primordialmente, punir o agente público ímprobo, alcançando, eventualmente, o particular, a Lei Anticorrupção (LAC) tem por objetivo punir a pessoa jurídica envolvida em práticas corruptas, podendo também, em sentido inverso, identificar agentes públicos coniventes, levando-os, por consequência, para o campo de incidência da LIA. 5. Não há antinomia abrogante entre os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.249/1992 e o artigo 1º da Lei nº 12.846/2013, pois, naquela, justamente o legislador pátrio objetivou responsabilizar subjetivamente o agente ímprobo, e nesta, o mens legislatoris foi a responsabilização objetiva da pessoa jurídica envolvida nos atos de corrupção. 6. No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microsistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução. 7. Por isso, na hipótese de o Poder Público não dispor de elementos que permitam comprovar a responsabilidade da pessoa jurídica

XXXIX - A chamada “Lei do Crime Organizado” (Lei Federal nº12.850/2013), que deu novo conceito legal a figura da organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal referente à mesma, merecendo destaque a figura da “colaboração premiada”, que, apesar de já existir há mais de duas décadas no Direito Brasileiro, ainda carecia de uma regulamentação amíúde como o fez a Lei nº12.850/2013³⁰¹.

Aliás, pode-se dizer que essa nota foi relevante para o êxito de sua utilização no processo penal brasileiro voltado para o combate à corrupção.

XL - A Lei Federal nº13.019/2014, que instituiu normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

XLI - A Lei Federal nº13.303/2016 (“Lei das Estatais”), que, publicada após os diversos escândalos de corrupção envolvendo a Petrobrás, determinou a adoção de uma política fundada em regras de governança

por atos de corrupção, o interesse público conduzirá à negociação de acordo de leniência objetivando obter informações sobre a autoria e a materialidade dos atos investigados, permitindo que o Estado prossiga exercendo legitimamente sua pretensão punitiva. 8. Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais gravosos que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito. 9. Esse o contexto que levou o legislador a prestigiar o acordo de leniência tal como hoje consagrado em lei, quando abrandou ou excluiu sanções à pessoa jurídica que, em troca de auxílio no combate à corrupção, colabora com as investigações e adota programas de compliance e não reincidência na prática de atos corruptivos, desde que confirmada a validade do acordo de leniência. (TRF4, AG 5023972-66.2017.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 24/08/2017).

³⁰¹ “Apesar de a colaboração premiada estar prevista no ordenamento pátrio desde a década de 90, quando entrou em vigor a Lei nº8.72/90, não havia, até bem pouco tempo, um regramento específico e um roteiro mais detalhado que proporcionasse a eficácia dessa importante técnica especial de investigação. Isso, aliás, não era uma exclusividade da colaboração premiada. Esta pobreza legislativa também contaminava a ação controlada e a infiltração de policiais.” (DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 7ª edição, 2019, p.816).

corporativa, de transparência, de práticas de gestão de riscos e de controle interno, de sustentabilidade (artigos 6º e 8º, IX).

Nesse sentido, cabe mencionar que o artigo 9º, §1º, determina a elaboração e divulgação Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre: I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade; III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade; VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

Também restou consignado pelo §4º do mesmo artigo 9º que o estatuto social deverá prever a possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

XLII – A Lei Federal nº 13.460/2017, que dispondo sobre a participação, a proteção e a defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, impôs aos agentes públicos e prestadores de serviços públicos a diretriz de observância dos códigos de ética ou de conduta aplicáveis às várias categorias dessa classe, bem como a criação de ouvidorias voltadas para a recepção de queixas alusivas aos serviços públicos.

É importante registrar que referida lei ainda está em período de *vacatio legis* para os Municípios com menos de cem mil habitantes (artigo 25)³⁰².

XLIII- A Lei Federal nº13.608/2018, que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais. Além disso, referido diploma legal alterou o artigo 4º da Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública com a primeira finalidade acima especificada.

Consciente da importância do engajamento da sociedade na luta anticorrupção, ressaltamos, com muita humildade, que, antes mesmo dessa lei, concebemos, em conjunto com o então acadêmico de Direito da Faculdade Vale do Jaguaribe (FVJ), Emerson de Campos Medeiros, a criação do “Aplicativo Corrupção Zero”³⁰³, no âmbito da 15ª Promotoria de Justiça da comarca de Juazeiro do Norte, que é um aplicativo de celular que recebe denúncias sobre a matéria, garantindo o anonimato do denunciante, que, via de regra, teme as represálias, em especial nas cidades de interior.

Colocamos a seguir o *layout* do dispositivo e o respectivo QR Code para quem queira conhecer a iniciativa:

³⁰² Art. 25. Esta Lei entra em vigor, a contar da sua publicação, em: I - trezentos e sessenta dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes; II - quinhentos e quarenta dias para os Municípios entre cem mil e quinhentos mil habitantes; e III - setecentos e vinte dias para os Municípios com menos de cem mil habitantes. Brasília, 26 de junho de 2017; 196º da Independência e 129º da República.

³⁰³ Referido aplicativo figurou como finalista do Prêmio Inovare 2018, mesmo sem qualquer apoio institucional por parte da Administração Superior do Ministério Público Alencarino à época. Maiores detalhes em: <http://www.mpce.mp.br/2018/07/05/aplicativo-corrupcao-zero-e-atualizado-para-combater-corrupcao-nas-eleicoes/>.

Corrupção Zero



MP on-line



Cidadão Investigador



Legislação Anticorrupção



Condutas Vedadas



Denuncie Aqui!



Crimes Eleitorais



Equipe



Onde Estamos



Tutorial



XLIV – A Lei nº13.655/2018, que incluiu 9 (nove) artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), voltadas garantir segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público³⁰⁴, cuja regulamentação se deu por meio do Decreto Presidencial nº9830/2019.

³⁰⁴ Art. 1º O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.” “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.” “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.” “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.” “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.” “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.” “Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.” “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.” “Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade

Considerando que se trata da inserção de normas com caráter de *sobredireito*, isto é, que não regulam especificamente a relação conduta/norma/sanção, mas diretrizes gerais para a criação, interpretação e aplicação das normas do Direito Público, é de se considerar que as mesmas possuem uma eficácia impositiva no atuar de todos os órgãos anticorrupção e derogadoras de disposições normativas que lhes contrariem.

Ou seja, apesar de figurarem com *status* formal de lei ordinária, as demais normas devem obediência às prescrições gerais trazidas pela LINDB, sob pena de invalidade³⁰⁵.

Pois bem, feito esse apanhado legislativo anticorrupção, com normas de diferentes matizes, percebe-se quão complexa pode ser a atuação dos profissionais que militam na área ou do jurista que pretender compreender esse cabedal de leis.

Por isso que somos a favor da aprovação de um Código Brasileiro Anticorrupção, estruturando as diretrizes gerais e os comportamentos tidos como corruptos (seja na esfera eminentemente privada, pública ou quando os dois setores se cruzam).

administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. “ Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

³⁰⁵ “Os juristas alemães a chamam de *sobrenorma*, isto é, uma norma cujo conteúdo imediato é a disciplina de outras normas. (...) A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é uma *sobrenorma*, ou uma norma de *sobredireito* (a expressão, em português, é criação de Pontes de Miranda). Apenas mediatamente dirige-se à conduta humana. O direito brasileiro infraconstitucional, nesse contexto, submete-se, em princípio à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Formalmente falando, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi recebida, pela atual ordem constitucional, como lei ordinária.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Volume Único*. Salvador: JusPodivm, 3ª edição, 2018, p.167).

Não obstante isso e considerando a natureza geral do presente trabalho (que não pretende ser uma espécie de comentário artigo por artigo das leis anticorrupção brasileiras), temos de destacar alguns princípios, regras e diretrizes jurisprudenciais que defluem dessas normas, a saber:

I – Princípio da Independência das Instâncias: Considerando a interdisciplinaridade dos atos de corrupção, é de se destacar que a apuração e punição do ato corrupto pode ocorrer de maneira concomitante nas mais variadas esferas de responsabilização. Isso significa dizer que o mesmo fato pode ser enquadrado como ilícito de diversos matizes (político, eleitoral, administrativo, cível e penal) e punido em cada uma dessas áreas sem caracterizar *bis in idem*³⁰⁶, cujo julgamento de um, via de regra, não influencia no do outro, dada a independência das instâncias³⁰⁷ que vigora no Brasil à luz do artigos 935 do Código Civil³⁰⁸, 63 a 67 do Código de

³⁰⁶ “A imposição da sanção prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não caracteriza bis in idem, embora fundada nos mesmos fatos que, em outro feito, levou à aplicação de penalidade por infração ao art. 73, IV, da mesma norma.” (TSE, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 7294, Acórdão de 06/03/2007, Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, Publicação: BEL - Boletim eleitoral, Data 17/04/2007, Página 101).

³⁰⁷ “Há reconhecida independência das instâncias civil, penal e administrativa, que é afastada tão-somente quando a esfera penal taxativamente afirmar que não houve o fato e/ou, acaso existente, houver demonstrações inequívocas de que o agente não foi o seu causador. Tal fundamento, inclusive, autoriza a conclusão no sentido de que as penalidades aplicadas, embora possam incidir na restrição de um mesmo direito, são distintas entre si, tendo em vista que se assentam em distintos planos. (STJ, AgInt nos EDcl no MS 22.966/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2018, DJe 28/08/2018).

³⁰⁸ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

Processo Penal³⁰⁹, 315 do Código de Processo Civil³¹⁰, bem como 12 e 21, II da Lei de Improbidade Administrativa³¹¹.

Um exemplo bem corriqueiro da independência das instâncias diz respeito aos atos de corrupção praticados no período eleitoral (ou pré-eleitoral). Em recente julgado, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por unanimidade, reafirmou a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar fatos danosos à normalidade e à legitimidade do pleito eleitoral, ainda que estes já tenham sido apreciados, no mérito, pela Justiça Comum, seja em ação de improbidade, seja em ação popular, por exemplo³¹².

³⁰⁹ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela. Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

³¹⁰ Art. 315. Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal. § 1º Se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentemente a questão prévia. § 2º Proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual aplicar-se-á o disposto na parte final do § 1º.

³¹¹ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

³¹² “2. In casu, o TRE/MA concedeu a ordem pleiteada no *mandamus* e determinou a extinção da AIJE, sem resolução do mérito, ao fundamento de que não haveria abuso de poder, lesão ou perigo de lesão à normalidade do processo eleitoral, bem como nenhum reflexo lesivo à lisura das eleições de 2016, o que afastaria a competência da Justiça Eleitoral para examinar tais imputações. Verifica-se, na espécie, verdadeira antecipação do julgamento da investigação na via sumária do mandado de segurança. 3. O mero ajuizamento de investigação judicial eleitoral, ainda que supostamente incabível, não denota, por si só, violação a direito líquido e certo tutelável pela via mandamental, e, ademais, eventual irrisignação contra ato judicial deve ser feita por meio do recurso cabível, ex vi do disposto nas Súmulas nos 22/TSE e 267/STF. 4. Nessa toada, conforme assentado na decisão impugnada, não se vislumbra, no caso dos autos, violação a direito líquido e certo ou ato manifestamente ilegal a ser tutelado pela via do *mandamus*, o que impõe a reforma do acórdão regional, a fim de que seja denegada a ordem

Aliás, dada essa possibilidade de investigações paralelas, afigura-se plenamente possível o compartilhamento das provas produzidas nas diversas instâncias, ainda que não digam respeito às mesmas partes³¹³, mas desde que haja plena a garantia do contraditório³¹⁴, que inclui além da mera cientificação e intimação para manifestação³¹⁵, acesso ao seu conteúdo integral³¹⁶, sob pena de nulidade absoluta.

pleiteada, e, por consequência, seja restabelecido o prosseguimento do trâmite da AIJE. 5. Ainda que o fato narrado (ilegalidade de contrato administrativo e seu suposto uso eleitoreiro) já tenha sido submetido à Justiça Comum, compete à Justiça Eleitoral julgá-los sob o ângulo do abuso do poder político ou econômico, o que se coaduna, ao menos em tese, com o objeto da investigação judicial eleitoral, ex vi do disposto no art. 22 da LC nº 64/90. Não bastasse a eloquência do princípio da incomunicabilidade e independência entre as instâncias cível e eleitoral, verifica-se que a Justiça Comum não chegou sequer a proferir decisão meritória nos autos da ação popular, uma vez que, conforme descrito no acórdão regional, a aludida ação fora extinta sem resolução do mérito, ou seja, não houve exame acerca da licitude ou ilicitude do ato administrativo. 6. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento, determinando-se a expedição de ofício ao Juízo da 1ª Zona Eleitoral do Maranhão a fim de dar prosseguimento à AIJE.” (Recurso Especial Eleitoral nº 12876, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 05.10.2017).

³¹³ “Pacificou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a prova emprestada, ainda que proveniente de ação penal com partes distintas, é válida, desde que assegurado o exercício do contraditório.” (STJ, (RHC 74.548/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018).

³¹⁴ Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) há bastante tempo. Nesse sentido: “Esta Corte entende que ‘independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo’ (EResp n. 617.428/SP, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 4/6/2014, DJe 17/6/2014).” (Aglnt no AREsp 972.929/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2019, DJe 30/05/2019). No mesmo sentido:

³¹⁵ “O Tribunal de origem consignou que nos autos que se produziu a prova foi observado o contraditório, de sorte que sua juntada aos autos foi determinada mediante oportuna intimação das partes para sobre ela falarem, ao passo que o Município, dispensando a produção de outras provas, tencionou o julgamento da lide de modo antecipado. (...) Logo, a prova emprestada adotada na sentença é válida e regular, não havendo espaço para se falar em nulidade por cerceamento de defesa (fls. 499). Reexaminar essa questão probatória é medida inviável no âmbito do Recurso Especial, por implicar não somente a revalorização dos fatos, mas a sua própria configuração. Precedentes: AgRg no AREsp. 669.714/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 16.11.2015; REsp. 1.676.222/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 9.10.2017. 3. Agravo Interno da Municipalidade a que se nega provimento. (STJ, Aglnt no AREsp 1179261/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2019, DJe 03/04/2019).

³¹⁶ “1. A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro

Na seara administrativa, essa possibilidade já foi sedimentada pela Súmula 591/STJ, *in verbis*: "É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa".

Não obstante isso, deve-se frisar que, à luz da proibição contida no artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, há repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de uso de colaborações premiadas no âmbito das ações cíveis de improbidade, cujo mérito encontra-se pendente de julgamento.³¹⁷

Outra consequência do princípio da independência das instâncias diz respeito à autoexecutoriedade das decisões, motivo pelo qual "é firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da competência da autoridade administrativa para impor pena de demissão a servidor público em razão da prática de ato de improbidade administrativa, independentemente de provimento jurisdicional, porquanto a penalidade administrativa não se confunde com a pena de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, esta sim aplicável exclusivamente pela autoridade judiciária. Precedentes." (STJ, MS 15.828/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 12/04/2016).

RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019). 2. É dever o Estado a disponibilização da integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível a seleção pelas autoridades de persecução de partes dos áudios interceptados. 3. A apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizado apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa." (STJ, REsp 1795341/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019).

³¹⁷ Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, §1º). 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. (ARE 1175650 RG, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 25/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 06-05-2019 PUBLIC 07-05-2019).

II – Princípio da Responsabilidade Subjetiva das Pessoas Físicas:

Tratando-se de sistema normativo voltado para a punição pessoal, não se concebe a adoção de qualquer vetor normativo ou hermenêutico tendente a autorizar a responsabilização objetiva de alguém acusado por corrupção, sendo exigida a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) na conduta da pessoa requerida.

A Constituição Federal é muito clara nesse sentido³¹⁸ e o sistema anticorrupção segue a mesma linha ao fixar a previsão de responsabilidade objetiva por atos corruptos apenas no caso das pessoas jurídicas que pratiquem os atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira elencados pela Lei nº12.846/2013³¹⁹, bem como pelo artigo 28, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), segundo o qual “o

³¹⁸ Art. 5º, XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

³¹⁹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. § 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. § 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais. § 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

Não obstante a culpa ou o dolo do agente sejam pressupostos indispensáveis para a punição das pessoas físicas responsáveis pelos atos de corrupção³²⁰, destaco que na seara eleitoral há uma hipótese de punição objetiva ou pelo mero aproveitamento do ilícito, que é o caso do abuso de poder³²¹. Sobre o tema, já escrevemos assim³²²: “Nesse tocante, é importante consignar que, muito o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tenha firmado o entendimento de que existe, como regra geral, litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiado e o agente público responsável pela conduta vedada,³²³ não houve a criação da

³²⁰ “Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10” (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014.” (AgRg no AREsp 409.591/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 16/11/2017).

³²¹ Essa é a posição do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) há bastante tempo e que continua sendo aplicada pela Corte, *in verbis*: “Quanto ao abuso de poder, distingue-se perda de diploma de inelegibilidade. Enquanto a primeira independe de participação ou anuência do candidato, a segunda, por sua natureza personalíssima, condiciona-se a esse pressuposto. Precedentes.” (Recurso Especial Eleitoral nº 81634, Acórdão, Relator(a) Min. Herman Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 39, Data 25/02/2019, Página 30/32). No mesmo sentido: “Conquanto o mero benefício seja suficiente para cassar o registro ou o diploma do candidato beneficiário do abuso de poder econômico, nos termos do art. 22, inciso XIV, da LC nº 64/90, segundo o qual, “além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação”, a parte inicial do citado inciso esclarece que a declaração de inelegibilidade se restringe apenas ao “representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou”. (Recurso Ordinário nº 29659, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Volume , Tomo 188, Data 29/09/2016, Página 63/64).

³²² PINHEIRO, Igor Pereira. *Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral – Aspectos Teóricos e Práticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 2018, p.206-208.

³²³ A exceção fica por conta dos casos em que o agente público age como simples mandatário, isto é, sem qualquer autonomia. Vide o Recurso Especial Eleitoral nº 63449, Acórdão, Relator(a) Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 189, Data 30.09.2016, Página 39.

responsabilidade objetiva do candidato beneficiado para a cassação do seu registro ou diploma, de modo que deve ser comprovada pela acusação a participação daquele (ainda que indireta) como pressuposto indispensável para a aplicação dessa pena capital.

Seguindo essa linha de pensamento, já se decidiu que ‘nos termos da jurisprudência desta Corte Superior para as Eleições 2014, é imprescindível a comprovação do prévio conhecimento do beneficiário pela conduta vedada do art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, não podendo haver responsabilidade do candidato beneficiado pelo ilícito com base em presunção’. (Recurso Ordinário nº 6249, Acórdão, Relator(a) Min. GILMAR MENDES, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 15.08.2017).

Assim, somente com a prova e descrição exata da conduta de cada um dos envolvidos (agentes públicos e candidatos/partidos/coligações beneficiados) é que se torna possível a cassação do registro ou do diploma. Essa é a regra do sistema, sem sombra de dúvidas.

Um detalhe, porém, merece ser esclarecido para que não se chancelen práticas ilegais comuns nas campanhas eleitorais.

Caso não demonstrada a participação pessoal do candidato no ato caracterizador da conduta vedada, cremos que ainda restará a hipótese em que se demonstre que tinha conhecimento dos fatos e circunstâncias do ato ilícito e nada fez para impedi-lo, usufruindo passivamente dos benefícios eleitorais daí decorrentes. É caso, por exemplo, do agente público (Prefeito) informar ao candidato de sua intenção – que acontece posteriormente – em usar a máquina pública (veículos, vales-combustível etc.) para dar um “up grade” no comício a ser realizado na cidade que governa e este, além de não se opor, compare ao ato e aceita desonestamente tal benesse.

Tal conclusão decorre da regra de julgamento insculpida no artigo 23, da Lei Complementar nº 64/90 (“Lei da Ficha Limpa”), que consagra o princípio da lisura eleitoral, segundo o qual “o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

Igual pensamento é compartilhado por Olivar Coneglian,³²⁴ segundo o qual ‘quando o agente público é o candidato beneficiado, basta fazer a prova da conduta e da autoria. No entanto, quando o candidato é apenas o destinatário da conduta de agente público, há a necessidade de provar ao menos a ciência do candidato, não bastando a presunção dessa ciência’.

Recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE)³²⁵ julgou caso muito didático sobre o assunto, em que apontou a ‘possibilidade de utilização de indícios para a comprovação da participação, direta ou indireta, do candidato ou do seu consentimento ou, ao menos, conhecimento da infração eleitoral’, reforçando a tese de que é “vedada apenas a condenação baseada em presunções sem nenhum liame com os fatos narrados nos autos (art. 23 da LC nº 64/1990)”. “No caso (disse a Corte), são elementos capazes de comprovar, além de qualquer dúvida razoável, a ciência do candidato quanto à operação de captação ilícita de sufrágio: (i) o local em que ocorreu a oferta e promessa de vantagens em troca de votos, (ii) o envolvimento, direto ou indireto, de pessoas ligadas ao candidato por vínculos político e familiar, e (iii) a relação contratual da autora da conduta com o governo estadual’.

O conhecimento desta regra é de suma importância, pois difere bastante da interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral quanto à responsabilidade dos candidatos e agentes públicos no abuso de poder político, que é no sentido de não ser necessária a comprovação do elemento subjetivo, mas somente a existência ou não do benefício eleitoral apto a influenciar o pleito.³²⁶”

³²⁴ CONEGLIAN, Olivar. *Eleições 2014: Radiografia da Lei 9.504/97*. Curitiba: Juruá, 8ª edição, 2014. p. 467.

³²⁵ Recurso Ordinário nº 224661, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 01.06.2017.

³²⁶ “Na apuração de abuso de poder, não se indaga se houve responsabilidade, participação ou anuência do candidato, mas sim se o fato o beneficiou. Precedente: AgR-REspe 38881-28/BA, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 7.4.2011. Assim, na espécie, é inócua a discussão sobre a suposta anuência do prefeito e da candidata supostamente beneficiada com a conduta perpetrada pela secretária de assistência social” (Recurso Ordinário nº 11169, Acórdão de 07.08.2012, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 163, Data 24.08.2012, Página 36/37).

III – Princípio da Integração Normativa: O sistema brasileiro anticorrupção não é um conjunto normativo uniforme, sendo formado por leis esparsas dos mais variados diretrizes (políticas, administrativas, cíveis e criminais).

Pode-se dizer que nele convivem diversos microssistemas jurídicos (defesa da probidade administrativa³²⁷, proteção ao consumidor, à livre concorrência etc), que se inter-relacionam e se complementam nos casos de lacunas. Essa possibilidade integrativa decorre do disposto nos artigos 4º e 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)³²⁸, bem como das disposições expressas de vários diplomas legais anticorrupção acima citados, sendo tal postulado amplamente consolidado no âmbito da jurisprudência nacional³²⁹.

³²⁷ “É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 5. Destarte, é mister ressaltar que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.” (STJ, REsp 749.988/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 275).

³²⁸ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

³²⁹ “É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual por força do princípio da integração, as Leis n. 4.717/65, 7.347/85, 8.078/90 e 8.429/92, dentre outras, compõem um microssistema processual coletivo, com o objetivo de propiciar uma adequada e efetiva tutela dos bens jurídicos por elas protegidos.” (STJ, (AgInt no REsp 1521617/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 22/05/2017). No mesmo sentido: “Não há na Lei 8.429/92 regramento específico acerca da competência territorial para processar e julgar as ações de improbidade. Diante de tal omissão, tem-se aplicado, por analogia, o art. 2º da Lei 7.347/85, ante a relação de mútua complementariedade entre os feitos exercitáveis em âmbito coletivo, autorizando-se que a norma de integração seja obtida no âmbito do microssistema processual da tutela coletiva. 3. A ratio legis da utilização do local do dano como critério definidor da competência nas ações coletivas é proporcionar maior celeridade no processamento, na instrução e, por conseguinte, no julgamento do feito, dado que é muito mais fácil apurar o dano e suas provas no juízo em que os fatos ocorreram. 4. No caso em análise, embora haja ilícitos praticados nos Estados do Paraná, São Paulo e Sergipe, o que poderia, a princípio, caracterizar a abrangência nacional do dano, deve prevalecer, na hipótese, a informação fornecida pelo próprio autor da demanda de que a maior parte dos elementos probatórios da ação de improbidade encontra-se situada em São Paulo. Ressalte-se, ainda, ser tal localidade alvo da maioria dos atos ímprobos praticados e sede dos locais de trabalho dos servidores públicos envolvidos. 5. Interpretação que se coaduna com os princípios da celeridade processual, ampla defesa e duração razoável do processo. 6. Conflito conhecido para declarar competente o juízo federal de São Paulo, o suscitante.” (STJ, CC 97.351/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe

IV – Princípio da Consensualidade Punitiva: Tradicionalmente, proibia-se a negociação nos processos punitivos em geral, sejam cíveis ou criminais³³⁰, em especial nos casos de corrupção. Esse postulado decorria da natureza indisponível dos bens jurídicos violados. Ocorre que, desde a década de 90 do século passado, constata-se uma série de disposições legais voltadas a inserir no ordenamento jurídico pátrio a chamada justiça penal negociada, dos quais são exemplos a transação penal e a suspensão condicional do processo, culminando, hoje, nos mais recentes institutos da colaboração premiada³³¹ e dos acordos de leniência.

Pois bem, como visto acima, diversas leis anticorrupção tratam do assunto, havendo, porém, uma que ainda veda taxativamente essa tendência de negociação nos processos de responsabilização. É o caso do artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa.

A despeito dessa proibição, entendemos que esse dispositivo restou tacitamente revogado pelas leis que lhe sucederam. Ora, se toda ordem jurídica precisa ser o máximo possível coerente e harmônica, depõe contra essa finalidade a subsistência de norma cível que veda acordo permitido por

10/06/2009).

³³⁰ “Fixou, ainda, em contraponto, e para incentivar os agentes criminosos à reparação antecipada do dano, e também como forma de tornar mais eficiente a ação da justiça, a delação premiada, no §5º do mesmo art. 1º. Trata-se, no fundo, de aplicação do que a doutrina europeia chama de Princípio do Consenso. Conforme esse princípio, que também corresponde a uma forma atenuante do Princípio da Legalidade, permite-se ao Ministério Público, já em âmbito do Processo Penal instaurado, antes da audiência de instrução e julgamento, entrar em consenso com o imputado sobre a aplicação de uma pena, a que considere suficiente para sua reinserção social, considerando, para tanto, que se justifica a medida de economia processual e concordância das partes com determinados termos de punição, como suficientes dos aspectos da reprimenda e ressocialização do agente, bem como da reabilitação da ordem social no âmbito do abalo que provocou.” (MENDRONI, Marcelo Baltlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 4ª edição, 2018, p.95).

³³¹ “Há quem utilize as expressões colaboração premiada e delação premiada como expressões sinônimas. Outros doutrinadores, todavia, preferem trabalhar com a distinção entre delação premiada e colaboração premiada, considerando-as institutos diversos. A nosso ver, delação e colaboração premiada não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas – nessa hipótese é que se fala em delação premiada (ou chamamento de corréu). Só há falar em delação se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro tem-se simples testemunho. A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie. (DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual (...)*, p.809).

leis penais posteriores (ontologicamente, as destinadas para os casos mais graves com natureza de *ultima ratio*)³³².

No tocante à questão dos acordos (de colaboração ou de leniência), deve-se observar que os mesmos constituem negócios jurídicos processuais, mas não são direitos subjetivos dos investigados, processados ou condenados, pois é preciso que haja interesse e utilidade sob o ponto de vista de quem titulariza o direito de ação (penal ou civil).³³³

³³² “A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o MP e da visão que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção. A interpretação literal do comando do §1º do artigo 17 da Lei n.8.429/1992 leva a uma situação absurda: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema, porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria completamente os contextos históricos da promulgação da lei (1992) e de sua aplicação. (...) Mas há ainda um argumento dogmático mais simples para defender a revogação do art. 17, §1º, da Lei de Improbidade. O §4º do art. 36 da Lei nº13.140/2015 (Lei da Mediação) expressamente admite a autocomposição em “ação de improbidade administrativa: ‘§4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo, Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 12ª edição, 2018, p.350-351).

³³³ Seguindo essa linha de pensamento, colhe-se recente notícia do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre julgado em que a Corte disse não haver direito líquido e certo à colaboração premiada, *in verbis*: “Em decisão unânime, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na sessão desta terça-feira (28), que não cabe ao Poder Judiciário compelir o Ministério Público a firmar acordo de colaboração premiada com réus ou investigados, não havendo, por partes destes, direito líquido e certo para exigir em juízo sua celebração. Com o julgamento de agravo regimental, foi mantida decisão do ministro Edson Fachin, relator, que em decisão individual havia negado seguimento a mandado de segurança sobre o tema. Em seu voto pelo desprovimento do agravo regimental, Fachin explicou que o acordo de colaboração premiada constitui negócio jurídico, cuja conveniência e oportunidade não se submetem ao crivo do Estado-juiz. Segundo ele, trata-se de um negócio jurídico-processual personalíssimo e sua celebração é medida processual voluntária por essência. O relator também ressaltou que, no acordo de colaboração premiada, cada sujeito processual tem missão própria. De acordo com o parágrafo 6º do artigo 4º da Lei 12.850/2013 (que define organização criminosa e os meios de obtenção de prova, entre eles a colaboração premiada), o juiz não participa das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo, que poderá ocorrer entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. No caso em questão, segundo a Procuradoria-Geral da República (PGR), a celebração do acordo foi recusada porque os elementos de corroboração de prova apresentados não se revestiam da consistência necessária à elucidação dos fatos, não sendo conclusivos quanto à certificação das irregularidades relatadas. Para a defesa, houve comportamento contraditório por parte do Ministério Público. Segundo a PGR, os anexos apresentados tinham baixíssima perspectiva de

V - Princípio da Reparação Integral do Dano: É regra básica de qualquer ordenamento jurídico (calcado na isonomia e justiça social) que todo aquele que cause dano a outrem, ainda que de maneira não-intencional, deve ressarcir a vítima. Se é assim para os lícitos cíveis comuns, como muito mais razão há de ser no caso dos atos de corrupção que causem dano a um particular ou ao erário público, sendo que nesta última hipótese a reparação há de ser integral, pelo menos *a priori*³³⁴.

Pois bem, no primeiro caso, temos duas possibilidades fáticas: a) uma, que envolve atos de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado no exercício de atividades privadas de natureza civil ou empresarial, como é a hipótese da concorrência desleal de que trata a Lei Federal nº9.279/1996³³⁵; b) a

viabilizar uma expansão significativa e provável das investigações. Segundo a defesa do condenado, foram realizadas 13 reuniões prévias em Brasília (DF) ao longo de 17 meses, três longas entrevistas com o réu e apresentado material descritivo de condutas tidas como criminosas que resultaram em 40 anexos, circunstâncias que geraram no réu a expectativa de que o acordo seria formalizado. Entretanto, o acordo foi recusado e o réu foi condenado sem acesso a qualquer benefício. A Lei 12.850/2013 proíbe a utilização de informações e provas apresentadas durante as tratativas, caso o acordo de colaboração premiada seja malsucedido. Ao acompanhar o voto do relator pelo desprovimento do agravo regimental, o ministro Gilmar Mendes fez observações acerca do instituto da colaboração premiada para fixar parâmetros e diretrizes de forma a evitar abusos do Estado. Segundo ele, a negativa de realização do acordo por parte do órgão acusador deve ser devidamente motivada e é suscetível de revisão interna ou controle por órgão superior no âmbito do Ministério Público, nos termos da aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal (CPP). Além disso, segundo o ministro, eventuais elementos ou informações produzidos por investigados em negociações de acordo de colaboração premiada malsucedido não podem ser utilizados na persecução penal. Por fim, segundo o ministro, ao proferir sentença, o julgador pode conceder benefício ao investigado ainda que sem prévia formalização de acordo de colaboração premiada. As premissas foram encampadas pelos ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. A decisão unânime foi tomada no julgamento de agravo regimental em mandado de segurança impetrado contra a procuradora-geral da República, e que tramita em sigilo, envolvendo um condenado em duas ações penais decorrentes da Operação Lava-Jato.” Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412407> e acessado no dia 8/06/2019, às 15:43 horas.

³³⁴ Digo *a priori* porque as diversas medidas de negociação introduzidas recentemente no Direito Brasileiro caminham para a possibilidade de eventual acordo para o *quantum debeat* nos eventuais prejuízos causados (perdas e danos), embora no ressarcimento em si do que foi desviado não haja tal possibilidade.

³³⁵ Nesse sentido, diz a citada lei: Art. 207. Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil. Art. 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido. Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido;

segunda, que trata da atuação de agente público, no exercício das funções ou em decorrência das facilidades decorrentes do cargo, quando incidirá a sua responsabilidade pessoal³³⁶ ou a responsabilidade civil extracontratual do Estado, consagrada no artigo 37, §6º, da Constituição Federal³³⁷, cuja diretriz para a fixação do *quantum debeatur* será a constante do Código Civil, valendo ressaltar que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”³³⁸.

Já no segundo caso (ocorrência de danos ao erário público cometido por particulares ou agentes públicos), deve-se destacar que o princípio da reparação integral do dano impõe plena responsabilidade patrimonial dos responsáveis e eventuais beneficiários do ato corrupto, incluindo, além do

ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

³³⁶ Citamos, como exemplo, o caso de uma vítima de abuso de autoridade, cuja lei específica sobre o tema (artigo 6º, *caput* e §2º c/c artigo 9º) previu esse direito da vítima, *in verbis*: Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal. § 2º A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros. Art. 9º Simultaneamente com a representação dirigida à autoridade administrativa ou independentemente dela, poderá ser promovida pela vítima do abuso, a responsabilidade civil ou penal ou ambas, da autoridade culpada.

³³⁷ Cumpre destacar que a doutrina administrativa majoritária aceita o ajuizamento de ação de reparação de danos diretamente contra o servidor público responsável pelo ato danoso. Essa, porém, não é a tese encampada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Senão, vejamos: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 327904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78).

³³⁸ É o que dispõe a Súmula nº37, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

ressarcimento, eventual dano moral coletivo pelo abalo que os atos de corrupção causam na justa expectativa de um governo honesto³³⁹.

Trata-se de imposição constitucional consagrada pelos artigos 37, §§ 4º e 5º³⁴⁰ c/c artigo 225, §3º³⁴¹ e que também consta como efeito da procedência da ação popular³⁴², da ação de improbidade administrativa³⁴³, e da ação penal³⁴⁴.

³³⁹ Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ): “12. A questão suscitada guarda relação com a alegação de error in iudicando, em contrariedade a precedentes do STJ no sentido de que há interesse de agir (adequação) no ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Parquet para a obtenção de indenização por danos morais coletivos, sem mais divagações sobre o destinatário da reparação (AgRg no REsp 1003126/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10/5/2011). Cito acórdão relatado pelo eminente Ministro Castro Meira, no qual se afirma que “não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal” (REsp 960.926/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1/4/2008).” (REsp 1666454/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017).

³⁴⁰ § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

³⁴¹ § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

³⁴² Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

³⁴³ Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano. Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio. Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

³⁴⁴ Diz assim o Código de Processo Penal: Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para

Aliás, cumpre trazer à tona o recente entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de repercussão geral, no sentido de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa” (Tema 897, julgado pelo Plenário da Corte em 8.8.2018). Nesse sentido, as ações populares que tenham como causa de pedir aquela modalidade de ato será igualmente imprescritível, não se aplicando mais o artigo 21 da Lei nº 4717/1965³⁴⁵.

Por seu turno e a contrário senso, as ações populares e ações de improbidade administrativas voltadas a pedir o ressarcimento ao erário em decorrência de atos culposos estão sujeitas ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos a que aludem os respectivos diplomas legais regulamentadores da matéria.

Outra hipótese de imprescritibilidade em decorrência dos atos corruptos é o caso de “ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de atos de violência ocorridos durante o Regime Militar” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1328303/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015).

Além disso, os eventuais atos de corrupção que configurem admissão de pessoal no serviço público sem concurso público³⁴⁶ ou que ensejem danos ambientais podem ser questionados a qualquer momento³⁴⁷, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

³⁴⁵ Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos.

³⁴⁶ “3. Inaplicável o art. 54 da Lei nº 9.784/1999 para estabilizar situações flagrantemente colidente com a Carta Magna, em razão do princípio da máxima eficácia das normas constitucionais (cf. RMS 54.199/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 17/10/2017). 4. “A Administração pode anular, a qualquer tempo, o ato administrativo de admissão de servidores públicos sem concurso público, não se cogitando da incidência do disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, posto que flagrantemente inconstitucional” (cf. AgRg nos EDcl no REsp 1520492/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 08/11/2016). 5. Agravo interno não provido.” (STJ, AgInt no REsp 1663023/PI, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 11/05/2018).

³⁴⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. DANOS AMBIENTAIS. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. Conforme consignado na análise monocrática, a jurisprudência

Ainda sobre o princípio da reparação integral do dano, salientamos que existem diversos entendimentos jurisprudenciais das Cortes Superiores que são de conhecimento imprescindível para quem pretende conhecer amiúde o sistema brasileiro anticorrupção.

O primeiro deles diz respeito à responsabilidade solidária patrimonial no campo da improbidade administrativa. Segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), “a orientação jurisprudencial consolidada nesta Corte Superior é no sentido de que é solidária a responsabilidade pelo ressarcimento ao erário, ressaltando-se a possibilidade de discussão a esse respeito em fase de liquidação de sentença”, motivo pelo qual “deve ser mantida a responsabilidade solidária até, ao menos, a instrução final do feito, em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento.” (AgInt no REsp 1687567/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018).

Outro ponto interessante é que a reparação ao erário não pode ser a única sanção aplicada pelo juiz no caso de procedência da ação de improbidade administrativa: “5. A aplicação das penalidades previstas no referido artigo exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/92). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade administrativa e a cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa, embora não necessariamente. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior: REsp 1.091.420/SP, 1ª Turma, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe de 5.11.2014; AgRg no AREsp 149.487/MS, 2ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 29.6.2012. 6. Todavia, apesar da cumulação das referidas sanções não ser obrigatória, é pacífico no âmbito desta Corte Superior o entendimento de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma

desta Corte é firme no sentido de que as infrações ao meio ambiente são de caráter continuado, motivo pelo qual as ações de pretensão de cessação dos danos ambientais são imprescritíveis. 2. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 928.184/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017).

sanção, mas apenas consequência imediata e necessária de reparação do ato ímprobo, razão pela qual não pode figurar isoladamente como penalidade.” (STJ, AgInt no REsp 1611275/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018).

Além disso, no caso de dispensa indevida de licitação, o dano ao erário é presumido (*in re ipsa*): “Segundo entendimento consolidado nesta Corte de Justiça, para a caracterização de improbidade administrativa, por dispensa de licitação, tipificada no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, o dano apresenta-se presumido, ou seja, trata-se de dano *in re ipsa*.” (STJ, REsp 1581426/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018).

Com vistas a possibilitar a reparação integral do dano, há, nas esferas cível³⁴⁸ e penal³⁴⁹, diversos dispositivos legais voltados à decretação da indisponibilidade patrimonial dos agentes públicos e terceiros beneficiários, merecendo destacar que, para a concessão judicial das mesmas, não se faz necessária qualquer prova de dilapidação patrimonial ou ocultação de patrimônio (o que seria o requisito do *periculum in mora* presente nas medidas cautelares), sendo suficiente, por si só, que sejam demonstrados os indícios mínimos de autoria e da prática efetiva do ato corrupto que tenha causado prejuízo ao erário³⁵⁰. Cumpre também ressaltar que até mesmo os

³⁴⁸ Na Lei de Improbidade Administrativa, além dos já citados artigos 5º, 6º, 7º e 8º, temos os artigos 16 e 18, *in verbis*: Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. §1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil. § 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais. Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

³⁴⁹ Diz o Decreto-Lei nº3.240/1941: Art. 3º Para a decretação do sequestro é necessário que haja indícios veementes da responsabilidade, os quais serão comunicados ao juiz em segredo, por escrito ou por declarações orais reduzidas a termo, e com indicação dos bens que devam ser objeto da medida. Art. 4º O sequestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave. Os bens doados após a prática do crime serão sempre compreendidos no sequestro.

³⁵⁰ Assim, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) há bastante tempo: “2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar,

bens de família podem ser indisponibilizados, embora não possam ser alienados posteriormente³⁵¹.

Ainda dentro dessa perspectiva, lembramos que ainda é possível a penhora de salários dos agentes públicos que praticarem atos imorais ou lesivos ao patrimônio público, como dispõe o artigo 14, §3º, da Lei da Ação Popular *in verbis*: “Quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público.”³⁵²

cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário. 3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes de que, “(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92.” (REsp 1366721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014).

³⁵¹ “7. A jurisprudência é pacífica pela possibilidade de a medida constritiva em questão recair sobre bens adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial. 8. O caráter de bem de família de imóvel não tem a força de obstar a determinação de sua indisponibilidade nos autos de ação civil pública, pois tal medida não implica em expropriação do bem. Precedentes desta Corte. (STJ, REsp 1204794/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013).

³⁵² Referida medida vem sendo aplicada também pelos Tribunais Estaduais em caso de improbidade administrativa: 1 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA QUE REDUZIU O PERCENTUAL DE RETENÇÃO DO SUBSÍDIO DO AGRAVANTE. PRECLUSÃO PRO JUDICATO AFASTADA. DECISÃO ANTECIPATÓRIA DE TUTELA. CARÁTER REBUS SIC STANTIBUS. BAIXO RISCO DE INSUCESSO DE EVENTUAL CONDENAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Hipótese em que a decisão recorrida, ao julgar pedido de alteração de decisão anterior que havia concedido a antecipação de tutela pleiteada pelo Ministério Público Estadual, reduziu o percentual de bloqueio da remuneração mensal do agente público agravante - de 40% (quarenta por cento), como definido no julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 024.079.005.807 - para 20% (vinte por cento). 2. A autorização legal do art. 273, §4º do CPC/73 permite a modificação, a qualquer tempo, da decisão anteriormente proferida, desde que motivada pelo juízo. Exige-se que, para a revogação ou modificação da decisão, concorra alguma alteração posterior no estado de fato, já que a medida é concedida rebus sic stantibus, ou tenha sido apresentado algum elemento probatório novo que altere a convicção acerca da presença ou não dos requisitos autorizadores da medida. 3. In casu, o contexto analisado quando

Por fim, registramos que a medida cautelar penal de afastamento da “função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais” (artigo 319, VI, do Código de Processo Penal) é outro mecanismo voltado a garantir a reparação integral do dano, e, também, a impedir que ele (dano) venha a aumentar diante da possibilidade de reiteração da conduta corrupta que seja praticada no exercício da função ou em virtude de facilidades decorrentes da mesma³⁵³.

das decisões proferidas nos idos de 2007, que fixaram o percentual de 40% (quarenta por cento) de bloqueio dos vencimentos do agravado, era diferente do que existe atualmente, porque naquela época não havia qualquer valor ainda bloqueado para fins de garantia de eventual condenação e não se poderia prever que o processo, em 2017, ainda estaria no início de sua fase instrutória - como está - e, assim, havia forte fundamento a determinar a necessidade de bloqueio de tal monta, ao passo que, atualmente, a cumulação dos valores bloqueados mês a mês desde então já alcança, por certo, elevada monta, o que, aliado ao valor da propriedade rural também bloqueada nestes autos, é capaz de convencer de que o risco de insucesso de uma futura execução de uma sentença condenatória proferida na ação de origem não é alto a ponto de autorizar uma constrição judicial superior aos 20% (vinte por cento) determinado pelo juízo a quo. 4. Preclusão pro judicato afastada. 5. Por fim, é de se ressaltar que a necessidade de garantia da execução de eventual condenação não pode se sobrepor aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana aplicáveis à hipótese. 6. Recurso desprovido. (TJES; AI 0021203-88.2016.8.08.0024; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Simões Fonseca; Julg. 11/04/2017; DJES 10/05/2017).

2 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PENHORA MENSAL DE SUBSÍDIO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 14, § 3º, DA LEI Nº 4.717/65. MICROSSISTEMA PROCESSUAL DA TUTELA COLETIVA. RELATIVIZAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 833, IV, DO CPC. 1. A impenhorabilidade das verbas salariais (CPC, art. 833, IV) não é oponível em caso de condenação ao ressarcimento ao erário em razão da prática de ato de improbidade administrativa lesivo ao patrimônio público. Aplicação analógica do art. 14, § 3º, da Lei n. 4.717/65, em razão do microssistema processual da tutela coletiva. 2. Agente político que voltou a perceber significativa remuneração dos próprios cofres públicos que lesou, evidenciando-se o nítido interesse público da medida postulada pelo órgão ministerial. 3. Possibilidade de bloqueio mensal de 30% (trinta por cento) do subsídio do devedor, montante que não comprometerá a sua subsistência. 4. Recurso provido. (TJMG; AI 1.0105.04.124192-5/003; Relª Desª Áurea Brasil; Julg. 26/07/2018; DJEMG 31/07/2018).

³⁵³ O Superior Tribunal de Justiça (STJ) segue essa linha interpretativa: “4. Especificamente no que diz respeito à suspensão do exercício da função de vereador, cuida-se, como cediço, de medida cautelar destinada a regular aquelas situações em que o acusado, permanecendo desimpedido de exercer sua atividade pública, possa vir a praticar novas infrações penais, valendo-se do cargo (no caso, ele teria se valido da função pública para praticar o delito de concussão). Nessa linha, a magistrada justificou o afastamento ‘para evitar que o mesmo [sic] volte a delinquir, fazendo uso de seu cargo público em benefício próprio, como já ocorreu nestes autos’.” 5. ‘A providência aqui deferida não se confunde com a execução provisória da pena. Isso porque o afastamento cautelar tem natureza jurídica de medida cautelar diversa da prisão, prevista no Código de Processo Penal (...), com vistas à preservação da ordem pública’ (QO na APn 422/RR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017), não sendo o caso, portanto, ao contrário do que alega o impetrante, de se aguardar o trânsito em julgado para, só então, determinar o afastamento do

Não obstante isso, deve-se atentar para o fato de que o afastamento dos agentes políticos detentores de mandato popular não ser usado como ferramenta para um *impeachment* judicial moralizador (expediente inconstitucional e violador da separação dos poderes), como ocorre nos casos em que se decreta a medida e o órgão julgador não é diligente no sentido de acelerar a instrução e julgamento do feito. Aliás, mesmo quando imprime o juiz da causa a celeridade possível à luz do contraditório e da ampla defesa, a jurisprudência não admite o afastamento *ad eternum*, quíça no caso de desídia³⁵⁴.

Pois bem, ultrapassada essa análise das leis anticorrupção, vamos apresentar os atos infralegais que tratam do assunto.

5. Decretos e Regulamentos Decorrentes das Leis Anticorrupção, bem como Resoluções Normativas dos Órgãos Constitucionais Autônomos.

O próximo nível normativo do sistema brasileiro anticorrupção é composto pelos Decretos e Regulamentos, que, à luz da doutrina clássica do Direito Administrativo, devem se restringir ao detalhamento do modo de aplicação das

cargo.” (HC 396.684/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 24/05/2018).

³⁵⁴ “3. No caso, o Vereador municipal foi afastado do cargo por decisão de 10/8/2017 e a audiência de instrução foi designada apenas para o dia 15/5/2019. Ainda que haja a prolação de sentença no ato, até lá transcorrerão mais de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de afastamento das funções, o que corresponde a quase metade do mandato eletivo. 4. Ainda que não exista prazo legalmente definido para a suspensão do exercício de função pública (art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal), o afastamento cautelar não pode se eternizar no tempo, principalmente em relação ao exercício de mandato eletivo, ainda que não se evidencie desídia do Judiciário na condução da ação penal. 5. “Independentemente da moralidade ou imoralidade na continuidade do exercício do cargo de vereador pelo recorrente atualmente processado por crimes contra a Administração Pública e organização criminosa, certo é que o papel do Poder Judiciário é fazer observar e cumprir as disposições constantes do ordenamento jurídico, não sendo legitimado a atrair, para si, responsabilidades de decisões políticas inerentes ao exercício do sufrágio” (RHC 88.804/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017). 6. Recurso ordinário parcialmente provido, para revogar o afastamento cautelar do cargo de Vereador municipal, e cassar as seguintes medidas: proibição de acesso ou frequência, por si ou terceiros, a Câmara Municipal de Ribeirão Preto; proibição de manter contato com seus assessores; suspensão do exercício de função pública como Vereador municipal. Mantidas a proibição de ausentar-se da Comarca e a suspensão de qualquer atividade médica, eis que não afetam o exercício do mandato eletivo. (RHC 94.002/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019).

leis, sem inovar na ordem jurídica. Além disso, temos resoluções de órgãos constitucionais autônomos que também incidem na causa anticorrupção.

Não obstante esse caráter infralegal dos decretos e regulamentos, deve-se referir que vários dos atos abaixo especificados violam claramente o princípio da legalidade³⁵⁵, típico do ativismo inconstitucional que vigora em nosso país, muito embora tenhamos de reconhecer que as medidas por eles contempladas são louváveis do ponto de vista da moralidade administrativa ou da eficiência da atividade investigativa e judicante na área anticorrupção. Porém, num Estado de Direito (como se anuncia o Brasil), os fins não podem e não devem justificar os meios.

Passemos, então, a apontar tais atos na ordem cronológica.

I – Resolução nº237, do Conselho Nacional do Meio Ambiente, cuja normatização dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental.

II - Decreto Presidencial nº1.171/1994, que aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.

III - Decreto Presidencial sem número, de 26 de maio de 1999, que institui a Comissão de Ética Pública, competindo-lhe, dentre outras atribuições, atuar como instância consultiva do Presidente da República e Ministros de Estado em matéria de ética pública; administrar a aplicação do Código de Conduta da Alta Administração Federal, devendo submeter ao Presidente da República medidas para seu aprimoramento, dirimir dúvidas a respeito de interpretação de suas normas, deliberando sobre casos omissos; apurar, mediante denúncia, ou de ofício, condutas em desacordo com as normas nele previstas, quando praticadas pelas autoridades a ele

³⁵⁵ “Insere-se, portanto, o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para a sua fiel execução. (...) Em todas essas hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição).”(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 31ª edição, 2018, p.316/318).

submetidas; dirimir dúvidas de interpretação sobre as normas do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto nº 1.171/1994; coordenar, avaliar e supervisionar o Sistema de Gestão da Ética Pública do Poder Executivo Federal; aprovar o seu regimento interno e escolher o seu Presidente

IV - Decreto Presidencial sem número, de 21 de agosto de 2000, alterado pelo Decreto Presidencial sem número, de 18 de setembro de 2011, que institui o Código de Conduta da Alta Administração Federal.

V - Resolução nº3/2000, editada pela Comissão de Ética Pública, que trata das regras sobre o recebimento de brindes e presentes às autoridades públicas sujeitas ao Código de Conduta da Alta Administração Federal.

VI – Resolução nº07/2005, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trata da proibição de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário. A leitura dessa normativa revela facilmente que o Conselho Nacional de Justiça extrapolou suas atribuições constitucionais e legislou de maneira inconstitucional, a despeito do Supremo Tribunal Federal (STF) ter decidido pela validade constitucional da Resolução CNJ nº07/2005 nos autos da ADC nº12, o que permite reclamação diretamente à Corte no caso de não cumprimento de qualquer dos dispositivos acima referidos³⁵⁶.

VII – Resolução nº23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, que trata da instauração e tramitação do inquérito civil público.

VIII – Decreto Presidencial nº7.185/2010, cujas disposições tratam do padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, no âmbito de cada ente da Federação, nos termos do art. 48, parágrafo único, inciso III, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

³⁵⁶ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. NEPOTISMO. RESOLUÇÃO Nº 7/2005 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ADC 12. AUTORIDADE. OFENSA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. A decisão que deixa de aplicar a Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça viola a autoridade da decisão proferida por esta Corte nos autos da ADC 12 MC. 2. Agravo Regimental desprovido. (Rcl 5742 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 27-03-2015 PUBLIC 30-03-2015).

IV - Resolução nº23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que trata da apuração e julgamento dos crimes eleitorais, incluindo os 11 (onze) tipos que se relacionam com atos de corrupção nas eleições.

X – Circular nº3.654/2013, do Banco Central do Brasil, que consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613/1998, em especial “o monitoramento de movimentações financeiras das denominadas PEPs, ou seja, pessoas politicamente expostas (o termo vem do inglês *politically exposed persons*), como membros os poderes legislativo e judiciário, ministério público e ocupantes dos mais altos cargos na estrutura da administração pública.”³⁵⁷

XI - Resolução nº118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do *Parquet*;

XII – Decreto Presidencial nº8.4020/2015, que regulamenta a “Lei Anticorrupção Empresarial”

XIII – Resolução nº692/2016, da Procuradoria-Geral da República, que trata do chamado “procedimento preparatório eleitoral” como ferramenta investigativa para os ilícitos eleitorais.

XIV - Resolução nº164/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplina a expedição de recomendações administrativa.

XV - Resolução nº179/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que detalhou o compromisso de ajustamento de conduta.

XVI - Resolução nº181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que trata do chamado procedimento investigatório criminal e do acordo de não-persecução penal.

XVII - Decreto Presidencial nº9.755/2019, que dispõe sobre os critérios, o perfil profissional e os procedimentos gerais a serem observados para a

³⁵⁷ PALERMO FERREIRA, Wilson Luiz; PORTOCARRERO, Cláudia Barros. *Leis Penais Extravagantes*. Salvador: JusPodivm, 4ª edição, 2019, p.464.

ocupação dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e das Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. Nesse tocante, fica expressamente proibida a nomeação para os aludidos cargos de qualquer pessoa que se enquadre nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 . Daí, o nome de decreto da “ficha-limpa no serviço público”, algo louvável do ponto de vista da moralidade administrativa, pois se o povo (titular do poder) não pode eleger pessoas nessas condições, com muito mais razão elas não poderiam ter acesso aos cargos públicos por via transversa (caneta do Chefe do Executivo), que leva mais em conta aspectos pessoais e políticos do que técnicos.

XVIII – Decreto Presidencial nº9.755/2019, que instituiu o Comitê Interministerial de Combate à Corrupção, órgão colegiado de natureza consultiva, com a finalidade de assessorar o Presidente da República na elaboração, na implementação e na avaliação de políticas públicas destinadas ao combate à corrupção na administração pública federal.

XIX - Decreto Presidencial nº9830/2019, regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

6. Classificação da Corrupção à Luz do Direito Brasileiro.

Há uma tendência natural das pessoas, principalmente por parte de quem não domina a seara jurídica, a fazer uma associação do termo corrupção com as normas de caráter penal. Tal conclusão, embora não esteja completamente errada (já que existem diversos diplomas criminais anticorrupção), peca por apresentar apenas uma visão parcial desse fenômeno, que é interdisciplinar³⁵⁸ e multi normativo.

³⁵⁸ Da leitura do preâmbulo da Convenção de Mérida, colhe-se: “Os Estados Partes da presente convenção, Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito; Preocupados, também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro; Preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos;

Talvez uma explicação razoável para esse ponto de vista tenha a ver com a origem histórica das punições para os atos de corrupção (na Antiguidade, a pena era corporal, chegando até mesmo a sanção capital), ou com a perene fixação de crimes vinculados ao exercício da função pública nos sucessivos Códigos de natureza criminal do Brasil e, porque não, pela midiaticização (muitas vezes, excessiva, é verdade) das medidas cautelares penais, como buscas e apreensões, afastamento de cargo público, prisões, conduções coercitivas etc.

O fato é que a corrupção nunca foi – e nunca será -, é bom que se frise, um problema exclusivo dos agentes estatais, sendo uma realidade em todos os tipos de relações jurídicas (exclusivamente pública – se é que ainda se pode falar nisso nos dias de hoje -, exclusivamente privada ou público-privada), dada a natureza gananciosa do ser humano em geral. Exatamente por isso que é tão difícil se conceituar corrupção, pois, a depender do ponto de vista olhado, tem-se características que não permitem o enquadramento de todas as situações no conceito proposto.

Ora, se assim é, parece evidente que não existe “a corrupção”, mas condutas corruptas, que se manifestam a partir do tipo de relação jurídica que afetam, ou da natureza do bem jurídico lesado, podendo ocorrer a incidência de diversos enquadramentos de corrupção para um mesmo fato, o que chamamos de interdisciplinaridade da corrupção.

Vejamos um exemplo que bem demonstra esse fenômeno: O Prefeito Municipal usa, em benefício de um candidato/partido político apoiado por ele, bens móveis e imóveis pertencentes à Administração Pública.

Trata-se de conduta vedada aos agentes públicos em ano eleitoral, que é ilícito cível-eleitoral previsto no artigo 73, I, da Lei nº9.504/1997. Além disso, “também restará configurada a prática criminosa tipificada pelo artigo 377, do Código Eleitoral. Ainda na seara criminal, dependendo do período da conduta

Convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela; Convencidos, também, de que se requer um enfoque amplo e multidisciplinar para prevenir e combater eficazmente a corrupção;”

investigada, poderá ocorrer o delito previsto no artigo 11, V, da Lei nº 6.091/74, que preceitua ser crime “utilizar em campanha eleitoral, no decurso dos 90 (noventa) dias que antecedem o pleito, veículos e embarcações pertencentes à União, Estados, Territórios, Municípios e respectivas autarquias e sociedades de economia mista”.

Em segundo lugar, comprovado o uso desviado de bens públicos, incidirá o Prefeito Municipal em crime de responsabilidade, conforme prescreve o artigo 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67 e que será de competência da Justiça Comum. Nessa mesma linha, ainda haverá a ocorrência de infração político-administrativa, tendo em vista o disposto no artigo 4º, VII e X, do mesmo diploma legal, que será atribuição do Poder Legislativo.

Não pode também ser esquecida a ocorrência de ato de improbidade administrativa, pela expressa tipificação remetida pelo §7º, do artigo 73, da Lei nº 9.504/97, ou pela violação aos princípios da moralidade e impessoalidade (artigo 11, da Lei nº 8.429/92), cuja análise ficara a cargo da Justiça Comum Estadual.

Por fim, ainda existe a possibilidade de tipificação de abuso de poder político, que ocorre quando se verifica o uso da estrutura estatal em prol de candidaturas ao ponto de influenciar no pleito,³⁵⁹ de competência da Justiça Eleitoral.”³⁶⁰

³⁵⁹ Ação de investigação judicial eleitoral. Conduta vedada. Abuso do poder político e de autoridade. – Não há como se reconhecer a prática de abuso do poder político ou de autoridade pelo candidato, porquanto, ainda que se tenha utilizado de bens, serviços e servidores da Administração Pública, o fato não teve repercussão suficiente a ponto de desequilibrar a disputa eleitoral (Agravio Regimental em Recurso Ordinário nº 282772, Acórdão de 14.06.2012, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 162, Data 23.08.2012, Página 39).

³⁶⁰ PINHEIRO, Igor Pereira. *Condutas Vedadas (...)*. p.49.

Pois bem, diante dessa característica, há, na doutrina brasileira (pelo menos, em toda a bibliografia especializada que foi consultada), três propostas de classificação da corrupção³⁶¹:

I) A primeira é “baseada no ofício público, no mercado e na ideia do bem público”³⁶²;

II) A segunda realiza uma divisão específica sob a perspectiva da improbidade³⁶³;

III) A terceira usa a natureza normativa do ato corrupto (penal e não-penal) como fator diferenciador³⁶⁴.

De todas essas classificações, parece-nos que a última consegue ser a mais próxima do ideal, já que possibilita a inserção dos mais variados atos de corrupção, seja no setor público, seja no setor privado.

³⁶¹ “Os termos ‘alta corrupção’ e ‘baixa corrupção’ não são utilizados de forma sistematizada na bibliografia brasileira, embora sejam bem desenvolvidos na doutrina inglesa desde os anos 1990 para representar o nível da autoridade que a pratica, e não o volume de recursos envolvidos na prática delitiva, sendo este um útil *discrimen* necessário para diferenciar as condutas. (ABAD, Raphael Madeira. *As Diversas Espécies de Corrupção in Corrupção como Fenômeno Supralegal* – Coord. Luiz Henrique Sormani Barbugiani. Curitiba: Juruá, 2017, p.120).

³⁶² “Para a definição baseada no ofício público, existe corrupção quando há desvio, por parte dos funcionários públicos, dos seus deveres formais com o intento de obter benefícios para si ou para outrem; a definição centrada no mercado considera corrupção o ato do funcionário público que tenha como objetivo a maximização de sua renda pessoal; por fim, a definição centrada na ideia de bem público visualiza a corrupção como sendo a violação do interesse público em função da preocupação com ganhos particulares.” (BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p.33-35).

³⁶³ É o caso da classificação proposta por Calil Simão. Para o citado autor, “os termos improbidade, corrupção e desonestidade caminham juntos. O ímprobo é um ser desonesto e leal, bem como corrupto. Entretanto, nem todo desonesto ou corrupto é um ser ímprobo ‘administrativamente’.” Assim, propõe ele a divisão em: a) improbidade no setor privado, que se dividiria em improbidade trabalhista, improbidade civil e improbidade comercial; b) improbidade eleitoral; c) improbidade política ou político-administrativa; d) improbidade administrativa. Maiores detalhes em: SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa – Teoria e Prática*. Leme (SP): JH Mizuno, 4ª edição, 2019, p.47-50).

³⁶⁴ Referimo-nos à sistematização formulada por Marcelo Zenker, que divide os atos de corrupção em dois grandes gêneros: a) “tipologia penal da corrupção”; b) “tipologia não penal da corrupção”. Maiores detalhes em: ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial (...)*. p.111-193).

Não obstante isso e sem desconsiderar a interdisciplinaridade dos atos de corrupção da qual falamos acima, sugerimos também uma divisão da corrupção a partir do tipo de relação jurídica afetada por aquele ato ou mesmo da natureza jurídica da norma que qualifica o ato como corrupto, da qual defluem as seguintes categorias:

I – Corrupção Política.

II - Corrupção Administrativa

III – Corrupção Privada;

IV – Corrupção Penal;

V – Corrupção Eleitoral;

VI – Corrupção Ambiental;

VII – Corrupção Tributária;

VIII – Corrupção Financeira;

IX – Corrupção Urbanística;

X – Corrupção Econômico-Financeira

Muito bem, apresentada essa divisão da corrupção, iremos analisar no tópico seguinte os diversos atos de corrupção que se enquadram em cada uma das modalidades acima referidas.

CAPÍTULO III - A TIPOLOGIA DOS ATOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL E SUAS PECULIARIDADES PROCESSUAIS.

Apresentada acima algumas classificações da corrupção à luz do Direito Brasileiro, faz-se necessário esclarecer a tipologia da corrupção, isto é, quais são especificamente os atos de corrupção nominados pela ordem jurídica nacional, bem como as respectivas peculiaridades processuais.

Trata-se de atividade extremamente complicada pelo caráter difuso e às vezes contraditório do sistema brasileiro anticorrupção, que contempla normas de quase 80 (oitenta anos) atrás com outras bem recentes (menos 2 anos). Além disso, deve-se notar que essa sucessão de leis ao longo do tempo, muitas delas criadas ao sabor de conveniências políticas ou erupções sociais, não consegue manter uma coerência normativa ou até mesmo uma harmonia no uso das terminologias para os atos de corrupção, pois, não raro, o legislador usa o mesmo *nomen juris* para se referir a institutos completamente diferentes, o que dificulta uma sistematização sobre o assunto.

Observe-se que a classificação dos atos de corrupção à luz da modalidade específica praticada e da respectiva tipificação legal (*nomen juris*) segue uma tendência internacional, em especial a metodologia utilizada pela “Convenção de Mérida”, que, entre os artigos 15 e 25, nomina os tipos de atos corruptos que os Estados aderentes devem inserir na sua ordem jurídica.

Feito esse esclarecimento, passaremos a apresentar os atos de corrupção nominados ou típicos do Direito Brasileiro com as suas respectivas peculiaridades processuais.

3.1. Crimes de Responsabilidade enquanto Infrações Político-Administrativas (previstos nos artigos 29-A, §§2º e 3º; artigo 50, §2º; artigo 85, *caput*, todos da Constituição Federal; nas Leis Federais nº1.079/1950, nº7.106/1983 e nos artigos 4º e 7º, do Decreto-Lei nº201/1967³⁶⁵).

³⁶⁵ Súmula 496/STF: São válidos, porque salvaguardados pelas Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1967, os decretos-leis expedidos entre 24 de janeiro e

Os “crimes de responsabilidade” acima citados são, na verdade, infrações político-administrativas praticados por determinadas autoridades³⁶⁶ que nada têm a ver com uma infração penal tal qual definida pela Lei de Introdução ao Código Penal³⁶⁷. Esse é o entendimento pacífico da doutrina³⁶⁸ e da jurisprudência³⁶⁹.

15 de março de 1967.

³⁶⁶ Sobre os sujeitos ativos, podemos identificá-los assim: I - No caso dos §§2º e 3 do artigo 29-A da Constituição Federal, estamos falando do Presidente da Câmara Municipal; II – O artigo 50, §2º da Constituição Federal, trata dos Ministros de Estado; III – O artigo 85 da Constituição Federal, refere-se expressamente apenas ao Presidente da República; IV – A Lei nº 1.079/1950, em suas três partes iniciais (artigos 1º a 73), aplica-se ao Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao Procurador Geral da República (vide artigo 2º), aos Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição (vide artigo 39-A, parágrafo único), bem como ao Advogado-Geral da União, aos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (vide artigo 40-A). Já a quarta parte desse diploma legal (artigos 74 a 79) incide sobre os Governadores de Estado e seus Secretários; V – A Lei nº 7.106/1983 diz respeito ao Governador do Distrito Federal e seus Secretários (artigo 1º), bem como aos Governadores e Secretários de Territórios Federais (artigo 6º).

³⁶⁷ Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

³⁶⁸ “A doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atribuem a filiação da responsabilização Presidencial introduzida pela constituição republicana ao modelo estadunidense de *impeachment*, especialmente pela natureza não criminal das condutas caracterizadas como crimes de responsabilidade e pelos ritos procedimentais. (DO NASCIMENTO, Antonio Rodrigues. *Crimes de Responsabilidade e Impeachment Presidencial em Portugal e no Brasil, in Estudos sobre o Constitucionalismo no Mundo de Língua Portuguesa, Vol II – Brasil e Portugal - Coord. José Melo Alexandrino. Lisboa: AAFDL, 2018, p.237).*

³⁶⁹ “O art. 1. do Decreto-lei n. 201/67 tipifica crimes comuns ou funcionais praticados por Prefeitos Municipais, ainda que impropriamente nomeados como “crimes de responsabilidade”, e são julgados pelo Poder Judiciário. Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC n. 70.671-1-PI. 2. O art. 4. do mesmo Decreto-lei refere-se ao que denomina expressamente de “infrações político-administrativas”, também chamadas de “crimes de responsabilidade” ou “crimes políticos”, e são julgadas pela Câmara dos Vereadores: nada mais e do que o “impeachment”. 3. O art. 29, X, da Constituição (redação da E.C. n. 1/92) determina o “julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”; ao assim dizer, esta se referindo, apenas, aos crimes comuns e derroga, em parte, o art. 2. do Decreto-lei n. 201/67, que atribuía esta competência ao juiz singular. 4. Recurso em “habeas-corpus” não provido. (STF, RHC 73210, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 31/10/1995, DJ 01-12-1995 PP-41686 EMENT VOL-01811-02 PP-00325).

As sanções exclusivas desse tipo de ato corrupto, que são a perda do cargo e/ou inabilitação temporária para ocupar outros, também não possuem qualquer relação com as penas clássicas dos crimes comuns, o que reforça o caráter não-penal dos mesmos.

Para finalizar a conclusão sobre a natureza não-criminal dessa modalidade de corrupção, deve-se lembrar que o artigo 3º, da Lei nº 1.079/1950, diz expressamente que “a imposição da pena referida no artigo anterior não exclui o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal.”

Quanto à cumulação das sanções e o prazo de inabilitação, deve-se observar que, no caso do Presidente e Vice-Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, bem como dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, o artigo 52, parágrafo único da Constituição Federal, fixou o prazo de inabilitação em 8 (oito) anos, valendo para os demais casos o prazo legal de 05 (cinco anos)³⁷⁰.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que “no sistema atual, da Lei 1.079, de 1950, não é possível a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade” (MS 21689, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993), motivo pelo qual o *impeachment* da “Ex-Presidenta Dilma”, em que

³⁷⁰ Nesse sentido, vale a pena conferir o seguinte precedente da Corte Excelsa, que invalidou dispositivo de Constituição Estadual que majorou aquele período: “4. A CB/88 elevou o prazo de inabilitação de 5 (cinco) para 8 (oito) anos em relação às autoridades apontadas. Artigo 2º da Lei n. 1.079 revogado, no que contraria a Constituição do Brasil. 5. A Constituição não cuidou da matéria no que respeita às autoridades estaduais. O disposto no artigo 78 da Lei n. 1.079 permanece hígido --- o prazo de inabilitação das autoridades estaduais não foi alterado. O Estado-membro carece de competência legislativa para majorar o prazo de cinco anos --- artigos 22, inciso I, e parágrafo único do artigo 85, da CB/88, que tratam de matéria cuja competência para legislar é da União.” (ADI 1628, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2006).

o Senado Federal flexibilizou essa regra (aplicando-lhe apenas a perda do cargo) foi uma teratologia manifesta, praticada em rede nacional.

Ainda merece destaque a Súmula Vinculante nº46 do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual apenas a União pode tipificar novas modalidades alusivas a “crimes de responsabilidade” e o respectivo procedimento. Trata-se de decisão correta ao nosso sentir, pois isso impede que a maioria política de plantão nas entidades federadas submeta a minoria ou algumas autoridades que investiguem os primeiros à uma espécie de “rolo compressor”, inibindo ou flexibilizando o combate à corrupção. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro (cuja corrupção endêmica vem sendo revelada no âmbito da Operação “Lava-Jato”), em que a Assembleia do Estado aprovou uma emenda constitucional submetendo os Conselheiros do Tribunal de Contas à um julgamento por “crime de responsabilidade”, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pela Corte Maior³⁷¹.

³⁷¹ CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E TRIBUNAIS DE CONTAS: CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL - A QUESTÃO DAS INFRAÇÕES POLÍTICO- -ADMINISTRATIVAS E DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE - COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PARA TIPIFICÁ-LOS E PARA ESTABELECE O RESPECTIVO PROCEDIMENTO RITUAL (SÚMULA 722/STF). - A Constituição estadual representa, no plano local, a expressão mais elevada do exercício concreto do poder de auto- -organização deferido aos Estados-membros pela Lei Fundamental da República. Essa prerrogativa, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois se acha submetida, quanto ao seu exercício, a limitações jurídicas impostas pela própria Carta Federal (art. 25). - O Estado-membro não dispõe de competência para instituir, mesmo em sua própria Constituição, cláusulas tipificadoras de crimes de responsabilidade, ainda mais se as normas estaduais definidoras de tais ilícitos tiverem por finalidade viabilizar a responsabilização política dos membros integrantes do Tribunal de Contas. - A competência constitucional para legislar sobre crimes de responsabilidade (e, também, para definir-lhes a respectiva disciplina ritual) pertence, exclusivamente, à União Federal. Precedentes. Súmula 722/STF. - A questão concernente à natureza jurídica dos denominados "crimes de responsabilidade". Controvérsia doutrinária. O "status quaestionis" na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal. Ressalva da posição pessoal do Relator (Ministro CELSO DE MELLO). PRERROGATIVA DE FORO DOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL, PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NAS INFRAÇÕES PENAS COMUNS E NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE (CF, ART. 105, I, "a"). - Compete, originariamente, ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar os membros dos Tribunais de Contas estaduais nos crimes de responsabilidade e nos ilícitos penais comuns, assim definidos em legislação emanada da União Federal. - Mostra-se incompatível com a Constituição da República - e com a regra de competência inscrita em seu art. 105, I, "a" - o deslocamento, para a esfera de atribuições da Assembléia Legislativa local, ainda que mediante emenda à Constituição do Estado, do processo e julgamento dos Conselheiros do Tribunal de Contas estadual nas infrações político-administrativas. EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS À MAGISTRATURA - GARANTIA DE VITALICIEDADE: IMPOSSIBILIDADE DE PERDA DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS LOCAL, EXCETO MEDIANTE DECISÃO EMANADA DO PODER JUDICIÁRIO. - Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado-membro dispõem dos mesmos predicamentos que protegem os magistrados, notadamente a prerrogativa jurídica da vitaliciedade (CF, art. 75 c/c o art. 73, § 3º), que

Sobre a atuação típica do Poder Judiciário no que diz respeito aos processos de *impeachment* (já que temos uma atuação atípica no caso do Presidente do Supremo Tribunal Federal comandar os trabalhos no Parlamento³⁷²), deve-se lembrar que é vedada qualquer intervenção no mérito das decisões alusivas à esse tipo de julgamento eminentemente político, cabendo tão-somente, em nome da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), a atuação quando presentes violações de cunho formal ao procedimento e às garantias constitucionais de qualquer pessoa submetida a processo tendente a tolher sua esfera jurídica³⁷³.

representa garantia constitucional destinada a impedir a perda do cargo, exceto por sentença judicial transitada em julgado. Doutrina. Precedentes. - A Assembléia Legislativa do Estado-membro não tem poder para decretar, "ex propria auctoritate", a perda do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas local, ainda que a pretexto de exercer, sobre referido agente público, uma (inexistente) jurisdição política. A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS - ÓRGÃOS INVESTIDOS DE AUTONOMIA JURÍDICA - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO INSTITUCIONAL AO PODER LEGISLATIVO - ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE TRADUZEM DIRETA EMANAÇÃO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. Doutrina. Precedentes. (ADI 4190 MC-REF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-02 PP-00313 RTJ VOL-00213-01 PP-00436 RT v. 100, n. 911, 2011, p. 379-404).

³⁷² Eis o teor do parágrafo único do artigo 81, da Lei nº1.079/1950: O Senado Federal, na apuração e julgamento dos crimes de responsabilidade funciona sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal, e só proferirá sentença condenatória pelo voto de dois terços dos seus membros.

³⁷³ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. IMPEACHMENT. MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. MESA DO SENADO FEDERAL. COMPETÊNCIA. I – Na linha da jurisprudência firmada pelo Plenário desta Corte, a competência do Presidente da Câmara dos Deputados e da Mesa do Senado Federal para recebimento, ou não, de denúncia no processo de impeachment não se restringe a uma admissão meramente burocrática, cabendo-lhes, inclusive, a faculdade de rejeitá-la, de plano, acaso entendam ser patentemente inepta ou despida de justa causa. II – Previsão que guarda consonância com as disposições previstas tanto nos Regimentos Internos de ambas as Casas Legislativas, quanto na Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. III – O direito a ser amparado pela via mandamental diz respeito à observância do regular processamento legal da denúncia. IV – Questões referentes à sua conveniência ou ao seu mérito não competem ao Poder Judiciário, sob pena de substituir-se ao Legislativo na análise eminentemente política que envolvem essas controvérsias. V – Agravo regimental desprovido. (MS 30672 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 17-10-2011 PUBLIC 18-10-2011 RTJ VOL-00224-01 PP-00205 RT v. 101, n. 919, 2012, p. 651-665). Já em 2019, verifica-se nova decisão nesse sentido, como se vê de notícia extraída do sítio oficial da Corte Suprema: “O ministro Gilmar

Vejam, pois, quais são os crimes de responsabilidade de cada uma dessas autoridades.

3.2. Crimes de Responsabilidade do Presidente da República enquanto Infrações Político-Administrativas previstas na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº1.079/1950 relacionados com a Corrupção.

O artigo 85 do Texto Maior, ao mencionar esse tipo de infração político-administrativa por parte do Presidente da República, diz que elas restam caracterizadas³⁷⁴ pela prática de atos contra a Constituição Federal e contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder

Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou o imediato retorno ao cargo do prefeito de Nova Olinda (CE), Afonso Domingos Sampaio, afastado pela Câmara de Vereadores a partir do trâmite de denúncia por crime de responsabilidade. A decisão foi tomada na Reclamação (RCL) 33597, ajuizada pelo chefe do Executivo local. É a segunda vez que o ministro suspende a eficácia de decreto legislativo afastando do cargo o prefeito de Nova Olinda. Em 8/3, ele concedeu liminar para suspender anterior afastamento de Sampaio. Segundo os autos, nos dois casos, a Câmara Municipal, em sessão única, recebeu a denúncia apresentada por cidadãos, instaurou processo de cassação e determinou o afastamento do prefeito com fundamento na Lei estadual 12.550/1995 e na Lei Orgânica do município. Na decisão tomada em 8/3, o ministro Gilmar Mendes observou que o fato de o decreto legislativo ter sido editado exclusivamente com base em lei estadual e municipal demonstra a plausibilidade da alegação de contrariedade à Súmula Vinculante 46 do STF, que assenta ser competência legislativa privativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento. O relator observou ainda que o afastamento foi implementado sem que o prefeito tenha tido oportunidade do contraditório prévio, garantia prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. “Parece prematura e açodada, portanto, a suspensão do mandato popular sem sequer ouvir o acusado, com a inobservância do procedimento legalmente estabelecido e em violação às garantias processuais estabelecidas pela Constituição da República”, assentou na ocasião. Em seguida, em petição apresentada nos autos, o prefeito alegou estar exposto a risco de novo afastamento em razão de outra denúncia regida por procedimento afastado pela decisão anterior do ministro. Nova decisão O ministro Gilmar Mendes verificou que a Câmara de Vereadores votou e aprovou, em 15/3, novo afastamento do prefeito, agora em razão de denúncia apresentada por outro cidadão. Por isso, com os mesmos fundamentos adotados na decisão anterior, Mendes suspendeu “a eficácia de todos e quaisquer decretos legislativos relacionados ao processo de cassação de Afonso Domingos Sampaio, editados pela Câmara de Nova Olinda (CE)”, e determinou o imediato retorno de Sampaio ao cargo. Na decisão, o ministro também ordena que a Câmara se abstenha de realizar novo afastamento até o julgamento de mérito da RCL 33597.” Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=406359> e acessado no dia 26 de maio de 2019, às 08:10 horas.

³⁷⁴ O artigo 2º, da Lei nº1.079/1950, diz que tais ilícitos, “ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.”

Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Referido dispositivo está regulado minuciosamente entre os artigos 5º e 12, da Lei nº1.079/1950, cuja leitura deixa claro que, em todas essas modalidades, há, pelo menos, uma hipótese de ato de corrupção. Senão, vejamos.

No caso dos “crimes contra a existência da União” (artigo 5º), destacamos a hipótese do item 4 (“revelar negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação”).

Já no que diz respeito aos “crimes contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação” (artigo 6º), chama atenção o disposto no item 2 (“usar de violência ou ameaça contra algum representante da Nação para afastá-lo da Câmara a que pertença ou para coagi-lo no modo de exercer o seu mandato bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção”).

Quanto aos “crimes contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais” (artigo 7º), frisamos os itens 1 (“impedir por violência, ameaça ou corrupção, o livre exercício do voto”), 3 (“violar o escrutínio de seção eleitoral ou inquirir de nulidade o seu resultado pela subtração, desvio ou inutilização do respectivo material”), 5 (“servir-se das autoridades sob sua subordinação imediata para praticar abuso do poder, ou tolerar que essas autoridades o pratiquem sem repressão sua”) e 7 (“incitar militares à desobediência à lei ou infração à disciplina”).

Sobre os “crimes contra a segurança interna do País” (artigo 8º), ressaltamos o item 3 (“decretar o estado de sítio, estando reunido o Congresso

Nacional, ou no recesso deste, não havendo comoção interna grave nem fatos que evidenciem estar a mesma a irromper ou não ocorrendo guerra externa”).

Já os “crimes contra a probidade na administração” (artigo 9º) trazem a nota de todas as suas modalidades terem correlação com atos de corrupção, como se vê: “1) omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; 2) não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; 3) não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; 4) expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição; 5) infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; 6) usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; 7) proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.”

Os “crimes contra a lei orçamentária” (artigo 10), que foram objeto de recente adição pela Lei Federal nº10.028/2000, também possuem relação com a corrupção em todas as suas hipóteses: 1) Não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa; 2) exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento; 3) realizar o estorno de verbas; 4) infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da Lei orçamentária. 5) deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; 6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; 7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; 8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação

integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; 9) ordenar ou autorizar, em desconto com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; 10) captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido; 11) ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou; 12) realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.

O mesmo fenômeno vale para os “crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos (artigo 11): 1) ordenar despesas não autorizadas por lei ou sem observância das prescrições legais relativas às mesmas; 2) abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais; 3) contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal; 4) alienar imóveis nacionais ou empenhar rendas públicas sem autorização em lei; 5) negligenciar a arrecadação das rendas, impostos e taxas, bem como a conservação do patrimônio nacional.

E, finalmente, para os “crimes contra o cumprimento das leis e das decisões judiciais”, temos: 1) impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; 2) recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções no Poder Executivo; 3) deixar de atender a requisição de intervenção federal do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral; 4) impedir ou frustrar pagamento determinado por sentença judiciária.

No que diz respeito aos aspectos processuais, convém destacar que o processo de *impeachment* do Presidente da República é dividido em duas etapas. A primeira, de acusação, tramita na Câmara dos Deputados, o qual fará o juízo de admissibilidade da denúncia nos moldes do art. 51, I, da Constituição Federal. Após autorização de instauração de processo, com a acusação da Câmara já formalizada, inicia-se a segunda e última etapa, a de julgamento pelo

Senado Federal. Vejamos, pois, como tal se dá em cada uma das Casas Legislativas de maneira mais detalhada.

Diante da denúncia oferecida contra o Presidente República por ato que configure crime de responsabilidade, a Câmara dos Deputados providenciará sua leitura, bem como despachará para uma Comissão Especial a ser eleita, com a participação de todos os partidos, respeitada a respectiva proporção.

A Comissão reunir-se-á dentro de 48 horas e depois de eleger seu Presidente e Relator, emitirá parecer dentro de dez dias, sobre se a denúncia deve ou não ser examinada (art. 218, §§ da Resolução 17 de 1989 – Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

Ato contínuo, o parecer será lido no expediente da Câmara dos Deputados e será publicado na íntegra, juntamente com a denúncia, no Diário da Câmara dos Deputados e avulsos. Decorridas 48 horas da publicação do parecer, será este incluído em primeiro lugar na ordem do dia na sessão seguinte.

Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido à votação nominal, pelo processo de chamada dos Deputados.

A votação por escrutínio secreto para autorizar a instauração do processo far-se-á por meio eletrônico, apurando-se apenas os nomes dos votantes e o resultado final (art. 188, IV, da Resolução 17 de 1989 – Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

Por fim, obtendo o quórum mínimo de admissibilidade, a decisão deverá ser comunicada ao Presidente do Senado Federal dentro de duas sessões (art. 218, §9º, da Resolução 17 de 1989 – Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

Salienta-se que, instaurado o processo, o Presidente da República ficará suspenso de suas funções (art. 86, §1º, II, da Constituição Federal c/c art. 381,

da Resolução do Senado Federal nº 93, de 1970)³⁷⁵. Se, porém, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo (art. 86, §2º, da Constituição Federal).

Recebida pela Mesa do Senado a autorização da Câmara para instauração do processo, será o documento lido no período do expediente da sessão seguinte. Nesta mesma sessão, será eleita comissão, constituída por um quarto da composição do Senado, obedecida a proporcionalidade das representações partidárias ou dos blocos parlamentares, e que ficará responsável pelo processo.

A comissão encerrará seu trabalho com o fornecimento do libelo acusatório, que será anexado ao processo e entregue ao Presidente do Senado Federal, para remessa, em original, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, com a comunicação do dia designado para o julgamento.

O Primeiro Secretário enviará ao acusado cópia autenticada de todas as peças do processo, inclusive do libelo, intimando-o do dia e hora em que deverá comparecer ao Senado para o julgamento (art. 80, I a VI, da Resolução do Senado Federal nº 93, de 1970 – Regimento Interno).

Por derradeiro, no dia aprazado para o julgamento a comissão julgadora deverá seguir os procedimentos previstos no capítulo III, da Lei 1.079/1950, naquilo que a Resolução do Senado Federal for omissa (ADPF 378 MC, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 16-12-2015, P, DJE de 8-3-2016).

³⁷⁵ Nesse tocante, convém suscitar dúvida sobre a recepção constitucional do artigo 23, §5º, da Lei nº 1.079/1950 (“São efeitos imediatos ao decreto da acusação do Presidente da República, ou de Ministro de Estado, a suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final.”), uma vez que o Texto de 1988 só manteve na atual ordem como efeito da admissibilidade positiva da acusação o afastamento do cargo, sem nada mencionar sobre o aspecto remuneratório. Parece-nos que esse silêncio constitucional não é irrelevante, sendo conclusivo da proibição de medida daquela natureza, ainda mais se considerarmos que estamos diante de um julgamento sujeito à interesses políticos, em que o Judiciário não pode valorar ou reavaliar prova, bem como diante do princípio constitucional da presunção de inocência.

Havendo a sentença condenatória só poderá ser proferida pelo voto de dois terços dos membros do Senado, e a condenação limitar-se-á à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal, e art. 378 Resolução do Senado Federal nº 93, de 1970).

3.3. Crimes de Responsabilidade dos Ministros de Estado enquanto Infrações Político-Administrativas previstas na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº1.079/1950 relacionados com a Corrupção.

O artigo 50, §2º, da Constituição Federal de 1988, diz que as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas. Trata-se de ilícito que já consta do artigo 13, itens “3” e “4”, da Lei nº1.079/1950³⁷⁶.

Além disso, os itens “1” e “2” do mesmo dispositivo tipificam outros crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado, saber: “1) os atos definidos nesta lei, quando por eles praticados ou ordenados; 2) os atos previstos nesta lei que os Ministros assinarem com o Presidente da República ou por ordem deste praticarem.”

Assim sendo, percebe-se que os Ministros podem cometer todas as infrações político-administrativas previstas entre os artigos 5º a 12 da Lei nº1.079/1950 (as quais não repetiremos aqui), além daquela referente à omissão

³⁷⁶ Art. 13. São crimes de responsabilidade dos Ministros de Estado: 3) a falta de comparecimento sem justificação, perante a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, ou qualquer das suas comissões, quando uma ou outra casa do Congresso os convocar para pessoalmente, prestarem informações acerca de assunto previamente determinado; 4) não prestarem dentro em trinta dias e sem motivo justo, a qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, as informações que ela lhes solicitar por escrito ou prestarem-nas com falsidade.

na prestação de informações ou fornecimento falso das informações requisitadas pelas Mesas das Casas Legislativas Federais prevista na Constituição Federal.

Sobre o rito procedimental, deve-se frisar que ele é igual ao do Presidente da República.

3.4. Crimes de Responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e demais integrantes do Poder Judiciário (incluindo membros do Conselho Nacional de Justiça), bem como do Procurador-Geral da República, dos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e do Advogado-Geral da União, Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais, enquanto Infrações Político-Administrativas previstas na Lei nº1.079/1950 e relacionados com a Corrupção.

O artigo 39, da Lei nº1.079/1950³⁷⁷, elenca os crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF)³⁷⁸ que estão relacionados com o exercício da atividade jurisdicional (itens “1”, “2”, “4” e “5”) ou com a proibição do exercício de atividade político-partidária (item “3”). Trata-se de dispositivo que possui relação direta com a prática de atos de corrupção judicial.

Para além dessas hipóteses, é de se destacar que a Lei 10.028/2000 criou nova modalidade de infração político-administrativa para o Presidente da Corte Constitucional – ou quem o substituir – ao inserir o artigo 39-A na Lei 1.079/1950,

³⁷⁷ Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1) alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2) proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3) exercer atividade político-partidária; 4) ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5) proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decore de suas funções.

³⁷⁸ Uma nota digna de referência é o fato de que os demais Ministros de Tribunais Superiores, Desembargadores de Tribunais ou juizes de primeiro grau não cometem essa tipologia de crime de responsabilidade, o que é uma anomalia do sistema ao nosso ver. A exceção à essa regra está no artigo 39-A do mesmo diploma, que traz hipótese específica de crime de responsabilidade contra a lei orçamentária.

que imputa-lhes o art. 10 desta Lei (crimes contra a lei orçamentária), quando por eles ordenadas ou praticadas. Observe-se que o disposto neste artigo é aplicável aos Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição.

Já o artigo 40, da Lei nº 1.079/1950³⁷⁹, traz as situações que considera crimes de responsabilidade atinentes ao exercício do cargo de Procurador-Geral da República. Para além dessas hipóteses, é de se destacar que a Lei 10.028/2000 criou nova modalidade de infração político-administrativa para essa autoridade – ou quem o substituir na chefia do Ministério Público da União – ao inserir o artigo 40-A na Lei 1.079/1950, que imputa-lhes o art. 10 desta Lei (crimes contra a lei orçamentária), quando por eles ordenadas ou praticadas. Observe-se que o disposto neste artigo é aplicável ao Advogado-Geral da União, aos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, aos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, e aos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de função de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições.

No que diz respeito ao procedimento alusivo ao julgamento desses crimes de responsabilidade, destacamos que o mesmo está previsto entre os artigos 41 e 73. Nesse sentido, é permitido a todo cidadão denunciar perante o Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República, pelos crimes de responsabilidade que cometerem. A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo. A petição inicial, assinada pelo denunciante com a firma

³⁷⁹ Art. 40. São crimes de responsabilidade do Procurador Geral da República: 1) emitir parecer, quando, por lei, seja suspeito na causa; 2) recusar-se à prática de ato que lhe incumba; 3) ser patentemente desidioso no cumprimento de suas atribuições; 4) proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo.

reconhecida, deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com a indicação do local onde possam ser encontrados. Nos crimes de que haja prova testemunhal, a denúncia deverá conter o rol das testemunhas, em número de cinco, no mínimo.

Recebida a denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial, eleita para opinar sobre a mesma. Referida comissão reunir-se-á dentro de 48 horas e, depois de eleger o seu presidente e relator, emitirá parecer no prazo de 10 dias sobre se a denúncia deve ser, ou não julgada objeto de deliberação. Dentro desse período poderá a comissão proceder às diligências que julgar necessárias. O parecer da comissão, com a denúncia e os documentos que a instruírem, será lido no expediente de sessão do Senado, publicado no *Diário do Congresso Nacional* e em avulsos, que deverão ser distribuídos entre os senadores, e dado para ordem do dia da sessão seguinte.

O parecer será submetido a uma só discussão, e a votação nominal considerando-se aprovado se reunir a maioria simples de votos. Se a denúncia for considerada objeto de deliberação, a Mesa remeterá cópia de tudo ao denunciado, para responder à acusação no prazo de 10 dias. Findo o prazo para a resposta do denunciado, seja esta recebida, ou não, a comissão dará parecer, dentro de dez dias, sobre a procedência ou improcedência da acusação. Perante a comissão, o denunciante e o denunciado poderão comparecer pessoalmente ou por procurador, assistir a todos os atos e diligências por ela praticados, inquirir, reinquirir, contestar testemunhas e requerer a sua acareação. Para esse efeito, a comissão dará aos interessados conhecimento das suas reuniões e das diligências a que deva proceder, com a indicação de lugar, dia e hora. Findas as diligências, a comissão emitirá sobre elas, o seu parecer, que será publicado e distribuído, com todas as peças que o instruírem, e dado para ordem do dia 48 horas, no mínimo, depois da distribuição. Esse parecer terá uma só discussão e considerar-se-á aprovado se, em votação nominal, reunir a maioria simples dos votos. Se o Senado entender que não procede a acusação, serão os papéis arquivados. Caso decida o contrário, a Mesa dará, imediato conhecimento dessa

decisão ao Supremo Tribunal Federal, ao Presidente da República, ao denunciante e ao denunciado.

O artigo 57 diz que A decisão produzirá desde a data da sua intimação os seguintes efeitos contra o denunciado: a) ficar suspenso do exercício das suas funções até sentença final; b) ficar sujeito a acusação criminal; c) perder, até sentença final, um terço dos vencimentos, que lhe será pago no caso de absolvição. Para o item “c”, reforçamos nosso entendimento pela não-recepção do mesmo, cujos fundamentos já foram esposados quando da análise de situação análoga ao *impeachment* presidencial.

Intimado o denunciante ou o seu procurador da decisão a que aludem os três últimos artigos, ser-lhe-á dada vista do processo, na Secretaria do Senado, para, dentro de 48 horas, oferecer o libelo acusatório e o rol das testemunhas. Em seguida abrir-se-á vista ao denunciado ou ao seu defensor, pelo mesmo prazo para oferecer a contrariedade e o rol das testemunhas. Decorridos esses prazos, com o libelo e a contrariedade ou sem eles, serão os autos remetidos, em original, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, ou ao seu substituto legal, quando seja ele o denunciado, comunicando-se-lhe o dia designado para o julgamento e convidando-o para presidir a sessão. O denunciante e o acusado serão notificados pela forma estabelecida no art. 56, para assistirem ao julgamento, devendo as testemunhas ser, por um magistrado, intimadas a comparecer a requisição da Mesa. No dia e hora marcados para o julgamento, o Senado reunir-se-á, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do seu substituto legal. Verificada presença de número legal de Senadores, será aberta a sessão e feita a chamada das partes, acusador e acusado, que poderão comparecer pessoalmente ou pelos seus procuradores. No dia definitivamente apazado para o julgamento, verificado o número legal de senadores será aberta a sessão e facultado o ingresso às partes ou aos seus procuradores. Serão juízes todos os senadores presentes, com exceção dos impedidos nos termos do art. 36. Constituído o Senado em Tribunal de julgamento, o Presidente mandará ler o processo e, em seguida, inquirirá publicamente as testemunhas, fora da presença uma das outras. O acusador e o acusado, ou os seus procuradores, poderão reinquirir as testemunhas,

contestá-las sem interrompê-las e requerer a sua acareação. Qualquer senador poderá requerer sejam feitas as perguntas que julgar necessárias. Finda a inquirição haverá debate oral, facultadas a réplica e a tréplica entre o acusador e o acusado, pelo prazo que o Presidente determinar. Ultimado o debate, retirar-se-ão as partes do recinto da sessão e abrir-se-á uma discussão única entre os senadores sobre o objeto da acusação. Encerrada a discussão, fará o Presidente um relatório resumido dos fundamentos da acusação e da defesa, bem como das respectivas provas, submetendo em seguida o caso a julgamento.

O julgamento será feito, em votação nominal pelos senadores desimpedidos que responderão "sim" ou "não" à seguinte pergunta enunciada pelo Presidente: "Cometeu o acusado F. o crime que lhe é imputado e deve ser condenado à perda do seu cargo?" Se a resposta afirmativa obtiver, pelo menos, dois terços dos votos dos senadores presentes, o Presidente fará nova consulta ao plenário sobre o tempo não excedente de cinco anos, durante o qual o condenado deverá ficar inabilitado para o exercício de qualquer função, pública. No caso de condenação, fica o acusado desde logo destituído do seu cargo. Se a sentença for absolutória, produzirá a imediata reabilitação do acusado, que voltará ao exercício do cargo, com direito à parte dos vencimentos de que tenha sido privado. e no dia do encerramento do Congresso Nacional não estiver concluído o processo ou julgamento de Ministro do Supremo Tribunal Federal ou do Procurador Geral da República, deverá ele ser convocado extraordinariamente pelo terço do Senado Federal.

Por fim, o artigo 73 diz que serão subsidiários, naquilo em que lhes forem aplicáveis, o Regimento Interno do Senado Federal e o Código de Processo Penal.

3.5. Crimes de Responsabilidade dos Governadores de Estado e dos Secretários Estaduais previstos na Lei nº1.079/1950 relacionados com a Corrupção.

Inicialmente, deve-se destacar que constituem crimes de responsabilidade dos Governadores dos Estados ou dos seus Secretários, quando por eles praticados, os atos definidos como tal na Lei nº1.079/1950, que

terão como sanção a perda do cargo, com inabilitação até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo da ação da justiça comum (vide artigos 74 e 78).

Assim sendo, vale aqui tudo o que foi dito para o Presidente da República, motivo pelo qual não repetiremos os dispositivos já mencionados no item supra.

Ora bem, sendo o caso referente ao julgamento de autoridades estaduais, a Lei nº 1.079/1950, entre os artigos 75 e 79, fixou a competência da respectiva Assembleia Estadual para proceder ao julgamento desse tipo de infração político-administrativa.

Deve-se destacar que, ao contrário do que diz a parte inicial do artigo 78 (“O Governador será julgado nos crimes de responsabilidade, pela forma que determinar a Constituição do Estado”), o rito será exclusivamente o constante da lei³⁸⁰, já que a competência legislativa para tratar sobre crimes de responsabilidade, como visto, é privativa da União (Súmula Vinculante nº 46).

Assim sendo, é permitido a todo cidadão denunciar o Governador perante a Assembleia Legislativa, por crime de responsabilidade (artigo 75). A denúncia, assinada pelo denunciante e com a firma reconhecida, deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem, ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los com a indicação do local em que possam ser encontrados. Nos crimes de que houver prova testemunhal, conterà o rol das testemunhas, em número de cinco pelo menos. Não será recebida a denúncia depois que o Governador por qualquer motivo, houver deixado definitivamente o cargo.

Apresentada a denúncia e julgada objeto de deliberação, se a Assembleia Legislativa por maioria absoluta, decretar a procedência na acusação, será o Governador imediatamente suspenso de suas funções.

³⁸⁰ “São, portanto, inválidas as normas de Constituição Estadual que atribuam o julgamento de crime de responsabilidade à Assembleia Legislativa, em desacordo com a Lei nº 1.079/1950. Precedentes.”(STF, ADI 4764, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 14-08-2017 PUBLIC 15-08-2017).

O julgamento será proferido por um “Tribunal misto”, composto de cinco membros do Legislativo e de cinco desembargadores, sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça local, que terá direito de voto no caso de empate³⁸¹. A escolha dos membros de cada classe será feita assim: a dos membros do legislativo, mediante eleição pela Assembléia; a dos desembargadores, mediante sorteio. O procedimento de composição deve ser realizado dentro de cinco dias, contados da data em que a Assembléia enviar ao Presidente do Tribunal de Justiça os autos do processo, depois de decretada a procedência da acusação.

No processo e julgamento do Governador serão subsidiários desta Lei naquilo em que lhe forem aplicáveis, assim o regimento interno da Assembléia Legislativa e do Tribunal de Justiça, como o Código de Processo Penal.

3.6. Crimes de Responsabilidade dos Prefeitos Municipais enquanto Infrações Político-Administrativas previstas no Decreto-Lei nº1.079/1950 e relacionados com a Corrupção.

Os crimes de responsabilidade do Prefeito Municipal estão contemplados no artigo 4º, do Decreto-Lei nº201/1967³⁸², cujo procedimento segue o rito do artigo 5º.

³⁸¹ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) já deixou claro que não pode haver modificação no “Tribunal misto” previsto pela Lei nº1.079/1950: “A competência para dispor legislativamente sobre processo e julgamento por crimes de responsabilidade é privativa da União, que o fez por meio da Lei 1.079/50, aplicável aos Governadores e Secretários de Estado, razão pela qual são inconstitucionais as expressões dos arts. 54 e 89 da Constituição do Estado do Paraná que trouxeram disciplina discrepante na matéria, atribuindo o julgamento de mérito de imputações do tipo à Assembleia Legislativa local. Precedentes.” (ADI 4791, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-076 DIVULG 23-04-2015 PUBLIC 24-04-2015).

³⁸² Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato: I - Impedir o funcionamento regular da Câmara; II - Impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída; III - Desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informações da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular; IV - Retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade; V - Deixar de apresentar à Câmara, no devido tempo, e em forma regular, a proposta orçamentária; VI - Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro, VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática; VIII - Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeito à administração da Prefeitura; IX - Ausentar-se do Município,

Da leitura dos dispositivos, percebe-se que vários deles possuem relação direta com a corrupção, como no caso dos incisos I, II, III, VI, VII, VIII e X, valendo destacar que os mesmos representam atos de improbidade administrativa violadores dos princípios da Administração Pública (artigo 11, da Lei nº8.429/1992).

No tocante ao procedimento, deve-se observar que, diante de denúncia escrita de infração político-administrativa cometida por Prefeito, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, determinará sua leitura e consultará a Câmara sobre o seu recebimento, o qual se dará pelo voto da maioria simples dos presentes³⁸³.

por tempo superior ao permitido em lei, ou afastar-se da Prefeitura, sem autorização da Câmara dos Vereadores; X - Proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo.

³⁸³ Recente julgado monocrático no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) confirma a tese de que, para o recebimento da denúncia, exige-se apenas maioria simples, sendo a qualificada (de 2/3) exigível apenas para a cassação, *in verbis*: “O ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu pedido de medida liminar na Reclamação (RCL) 34839 para suspender o processo de cassação do prefeito de Divinópolis (MG). A Câmara Municipal rejeitou denúncia contra o prefeito por suposto cometimento de infração político-administrativa. Mas, segundo o ministro, o presidente da Câmara, ao impor o quórum qualificado de 2/3 para o recebimento de denúncia contra o prefeito, não previsto no Decreto-Lei 201/1967, ofendeu a Súmula Vinculante (SV) 46, que atribui à União a competência privativa para definir os crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento. A reclamação foi interposta no STF por Elton Geraldo Tavares, vereador em exercício pelo município. Ele sustenta que, de acordo com o Decreto-Lei 201/1967, o processo de cassação de mandato de prefeito municipal por infrações político-administrativas deve ser apreciado e votado por maioria simples dos vereadores. Por esse critério, a denúncia teria sido recebida, pois dez vereadores, do total de 17, votaram pela cassação. Ao conceder liminarmente medida para suspender o procedimento de recebimento da denúncia e impedir o seu arquivamento, o ministro Alexandre de Moraes ressaltou a plausibilidade do direito defendido, pois a rejeição da denúncia por imposição de quórum de 2/3 configura adição de procedimento não previsto no Decreto-Lei 201/1967, norma federal aplicável ao caso, o que contraria o enunciado da Súmula Vinculante 46. O ministro assinalou que, com a edição do enunciado, o posicionamento adotado pelo STF tornou-se vinculante em relação à competência privativa da União para legislar sobre a definição dos crimes de responsabilidade e estabelecer as respectivas normas de processo e julgamento. ‘É fundamental ter presente que o processo e o julgamento das infrações político-administrativas definidas no DL 201/1967 não prevê o voto qualificado para a aprovação de recebimento de denúncia contra prefeito municipal’, concluiu.” Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412118>, com acesso em 28/05/2019, às 22:57 horas.

Ato contínuo, ainda na mesma sessão, será constituída uma Comissão processante com três vereadores sorteados entre os desimpedidos, os quais elegerão, desde logo, o Presidente e o Relator.

Tão logo receba o processo, o Presidente da Comissão iniciará os trabalhos, dentro de cinco dias, notificando o denunciado, com a remessa de cópia da denúncia e documentos que a instruírem, para que, no prazo de dez dias, apresente defesa prévia, por escrito, indique as provas que pretender produzir e arrole testemunhas.

Desta feita, decorrido o prazo de defesa, a Comissão processante emitirá parecer dentro em cinco dias, opinando pelo prosseguimento ou arquivamento da denúncia, que, neste último caso, será submetido ao Plenário. Caso a Comissão opine pelo prosseguimento, o Presidente designará desde logo, o início da instrução, e determinará os atos, diligências e audiências que se fizerem necessários, para o depoimento do denunciado e inquirição das testemunhas.

Incontinenti, concluída a instrução, será aberta vista do processo ao denunciado, para razões escritas, no prazo de 5 (cinco) dias, e, após, a Comissão processante emitirá parecer final, pela procedência ou improcedência da acusação, e solicitará ao Presidente da Câmara a convocação de sessão para julgamento.

Na sessão de julgamento, serão lidas as peças requeridas por qualquer dos Vereadores e pelos denunciados, e, a seguir, os que desejarem poderão manifestar-se verbalmente, pelo tempo máximo de 15 (quinze) minutos cada um, e, ao final, o denunciado, ou seu procurador, terá o prazo máximo de 2 (duas) horas para produzir sua conclusão e defesa oral.

Em seguida, proceder-se-á a tantas votações nominais, quantas forem as infrações articuladas na denúncia. Considerar-se-á afastado, definitivamente, do cargo, o denunciado que for declarado pelo voto de dois terços, pelo menos, dos membros da Câmara, em curso de qualquer das infrações especificadas na denúncia.

Por derradeiro, concluído o julgamento, o Presidente da Câmara proclamará imediatamente o resultado e fará lavrar ata que consigne a votação nominal sobre cada infração, e, se houver condenação, expedirá o competente decreto legislativo de cassação do mandato de Prefeito. Se o resultado da votação for absolutório, o Presidente determinará o arquivamento do processo.

Registra-se, por oportuno, que, em qualquer dos casos, o Presidente da Câmara comunicará à Justiça Eleitoral o resultado.

Outrossim, insta destacar que o processo deverá findar-se dentro em noventa dias, contados da data em que se efetivar a notificação do acusado, posto que transcorrido o prazo sem o julgamento, o processo será arquivado, sem prejuízo de nova denúncia ainda que sobre os mesmos fatos.

3.7. Crimes de Responsabilidades dos Prefeitos Municipais enquanto Infrações Penais Comuns previstas no artigo 1º, do Decreto-Lei nº201/1967.

O artigo 1º, do Decreto-Lei nº201/1967, traz 23 (vinte e três) hipóteses de crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais³⁸⁴, que são

³⁸⁴ Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos; III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas; IV - empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam; V - ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes; VI - deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município a Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos; VII - Deixar de prestar contas, no devido tempo, ao órgão competente, da aplicação de recursos, empréstimos subvenções ou auxílios internos ou externos, recebidos a qualquer título; VIII - Contrair empréstimo, emitir apólices, ou obrigar o Município por títulos de crédito, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei; IX - Conceder empréstimo, auxílios ou subvenções sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei; X - Alienar ou onerar bens imóveis, ou rendas municipais, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei; XI - Adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei; XII - Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário; XIII - Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei; XIV - Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente; XV - Deixar de fornecer certidões de atos ou contratos municipais, dentro do prazo estabelecido em lei. XVI – deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; XVII – ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; XVIII – deixar de promover ou de ordenar,

verdadeiramente crimes à luz do conceito trazido pela Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro. Trata-se, portanto, de crime funcional impróprio e de mão própria dos Prefeitos Municipais ou de quem tenha lhe substituído temporariamente³⁸⁵, mas que pode incidir sobre terceiros que se encaixem na condição de partícipes do delito³⁸⁶.

Essa conclusão fica muito clara pelo fato da lei ter dito que essas condutas típicas são submetidas “ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores”³⁸⁷.

na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; XIX – deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; XX – ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; XXI – captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido; XXII – ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou; XXIII – realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.

³⁸⁵ Art. 3º O Vice-Prefeito, ou quem vier a substituir o Prefeito, fica sujeito ao mesmo processo do substituído, ainda que tenha cessado a substituição.

³⁸⁶ Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal: “6. O princípio da indisponibilidade da ação penal não se aplica na hipótese de crime próprio, por isso que o [s]ujeito ativo do crime de responsabilidade é o prefeito ou quem, em virtude de substituição, nomeação ou indicação, esteja no exercício das funções de chefe do Executivo Municipal. Os delitos referidos no art. 1º do Dec.-lei 201/67 só podem ser cometidos por prefeito, em razão do exercício do cargo ou por quem, temporária ou definitivamente, lhe faça as vezes. Assim, o presidente da Câmara Municipal, ou os vereadores, ou qualquer servidor do Município não podem ser sujeito ativo de nenhum daqueles crimes, a não ser como co-partícipe.” (RHC 107675, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 10-11-2011 PUBLIC 11-11-2011). Mais recentemente: “Inquérito. 2. Competência originária. 3. Penal e Processual Penal. 4. “Operação Sanguessuga”. Art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67 (peculato do prefeito). Crime próprio, que admite participação. Justa causa. Indicativos suficientes de participação do denunciado no direcionamento de licitação para compra de ambulância com sobrepreço. 5. Denúncia recebida.” (Inq 3634, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 19-06-2015 PUBLIC 22-06-2015).

³⁸⁷ “Essa locução ‘independentemente do pronunciamento da Câmara de vereadores’, teve evidente intenção de tornar sem efeito o enunciado da antiga e cancelada Súmula 301, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual ‘por crime de responsabilidade, o procedimento penal contra o Prefeito Municipal fica condicionado ao seu afastamento do cargo, por *impeachment*, ou à cessação do exercício por outro motivo. Portanto, é desnecessário o prévio afastamento pela Câmara Municipal, já que o processo criminal pode ser iniciado em pleno curso do mandato, sem audiência da Edilidade, nos casos previstos no artigo 1º.” (STOCO, Rui. *Responsabilidade*

Além disso, deve-se ressaltar que o processamento (no exercício do mandato ou em momento posterior)³⁸⁸ dar-se-á por meio de ação pública incondicionada, sendo “punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.”

No que diz respeito à competência para o julgamento desses delitos, deve-se lembrar que tal cabe, *a priori*, ao Tribunal de Justiça³⁸⁹, por força do artigo 29, X, da Constituição Federal³⁹⁰, salvo se houver a prática de qualquer crime de competência das justiças especializadas (federal³⁹¹ e eleitoral).

Dizemos *a priori* porque o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), interpretando a restrição dada pelo Supremo Tribunal Federal ao foro por prerrogativa de função (QO na AP nº937), decidiram que se o ato pelo qual o réu está sendo processado não é contemporâneo ao atual mandato, o processo – e as investigações prévias - devem correr no 1º grau de

dos Prefeitos e Vereadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.55-56).

³⁸⁸ Nesse sentido, conferir: Súmula 703/STF: A extinção do mandato do prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1º do DL 201/67. Súmula 164/STJ: O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Dec. Lei nº 201, de 27/02/67.

³⁸⁹ Sobre o tema, conferir: Súmula 702/STF: A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau. Súmula 209/STJ: compete a Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

³⁹⁰ “Cabe, exclusivamente, ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça atribuir competência ao Pleno, ou ao Órgão Especial, ou a órgão fracionário, para processar e julgar Prefeitos Municipais (CF, art. 29, X, e art. 96, I, “a”).” (STF, HC 73232, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 12/03/1996, DJ 03-05-1996).

³⁹¹ Nesse sentido, conferir: Súmula 122/STJ: Compete a Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal. Súmula 208/STJ: Compete a Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

jurisdição³⁹², excepcionando apenas a situação em que houve reeleição para o período imediatamente subsequente.³⁹³

³⁹² No site do STJ, consta a seguinte matéria sobre o julgado, que é a Questão de Ordem na Ação Penal nº874, ainda não publicado quando dessa observação (dia 26/05/2019, às 22:26 horas): “Em julgamento nesta quarta-feira (15), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acolheu questão de ordem e determinou que uma ação penal contra o governador do Piauí, Wellington Dias (PT), seja encaminhada para livre distribuição à primeira instância da Justiça daquele estado. O governador é acusado pelo Ministério Público Federal de se omitir na adoção das medidas necessárias para evitar o rompimento da Barragem de Algodões I, ocorrido em maio de 2009. Wellington Dias foi governador do Piauí por dois mandatos, entre 2003 e 2010. Posteriormente, exerceu mandato de senador. Em 2014, foi novamente eleito para o cargo de governador, sendo reeleito em outubro de 2018. Segundo a ministra Nancy Andrighi, relatora do caso no STJ, a omissão criminosa imputada ao governador se refere ao penúltimo ano de seu segundo mandato à frente do Executivo estadual, “de modo que a manutenção do foro após um hiato de posse de cargo no Legislativo federal e mais um mandato no Executivo estadual configuraria um privilégio pessoal, não albergado pela garantia constitucional”. A relatora declarou que não se verifica, entre a omissão imputada e o exercício do cargo, a contemporaneidade necessária para justificar o foro por prerrogativa de função perante o STJ. Nancy Andrighi explicou que o foro deve se harmonizar com os princípios constitucionais estruturantes da República e da igualdade, “a fim de garantir a efetividade do sistema penal e evitar a impunidade e a configuração de odioso privilégio”. Questão de ordem. A questão de ordem foi suscitada para verificar se a competência originária do STJ pode ser estendida a supostos crimes praticados por governadores em mandatos anteriores já findos, nos casos em que a pessoa acusada volta a ocupar a função pública que garante a prerrogativa de foro. É o caso de governadores que assumem outros cargos e depois voltam ao comando do Executivo estadual, como ocorreu com Wellington Dias. A ministra explicou que o foro por prerrogativa de função exige contemporaneidade e pertinência temática entre os fatos em apuração e o exercício da função pública. Ela lembrou que o término do mandato acarreta, por si só, “a cessação do foro por prerrogativa de função em relação ao ato praticado nesse intervalo”. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Ação-penal-contra-governador-Wellington-Dias-tramitará-na-Justiça-do-Piauí%C3%AD e acessado no dia 26/05/2019, às 22:26 horas.

³⁹³ No site do STF, consta a seguinte matéria sobre o julgado, que é o Recurso Extraordinário nº1185838, ainda não publicado quando dessa observação (dia 28/05/2019, às 23:16 horas): “Nesta terça-feira (14), a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) determinou a remessa, para a primeira instância da Justiça de São Paulo, de ação penal contra o prefeito de Barueri (SP), Rubens Furlan. Ele responde por dispensa irregular de licitação que implicou em sobrepreço na contratação de shows no município. Por maioria dos votos, o colegiado deu provimento a um agravo regimental interposto pela defesa do prefeito contra decisão da relatora, ministra Rosa Weber, que negou seguimento ao Recurso Extraordinário (RE) 1185838. O RE começou a ser analisado em julgamento virtual, mas o ministro Alexandre de Moraes pediu destaque do processo para julgamento presencial da Turma. De acordo com os autos, o Tribunal de Justiça de São Paulo recebeu denúncia relacionada a fatos ocorridos entre 2009 e 2011, quando Rubens Furlan era prefeito de Barueri, cargo que ocupa atualmente em razão de nova eleição. Segundo a ministra Rosa Weber, relatora, o Tribunal de Justiça reconheceu a competência para apreciar ação penal invocando questão de ordem definida pelo Plenário do Supremo na AP 937. Nesse caso, a Corte entendeu que o foro por prerrogativa de função daqueles que exercem mandatos parlamentares aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. A relatora votou no sentido de negar provimento ao recurso e manter a decisão do TJ-SP. Para ela, o precedente do Supremo se aplica ao caso concreto, tendo em vista que os delitos imputados foram praticados no exercício do cargo de prefeito e estão relacionados às funções desempenhadas por Furlan, ressaltando que entre os dois mandatos ‘houve um pequeno interregno’. Ao votar, a ministra Rosa Weber disse que se limitou a manter a definição da competência feita pelo TJ-SP que invocou a questão de ordem na AP 937. O ministro Alexandre de Moraes abriu divergência.

Assim, a fórmula para a manutenção do foro de qualquer agente público é: ato praticado no exercício do cargo com foro + contemporaneidade do ato com esse mesmo cargo, incluindo eventual reeleição + relação direta ou indireta do ato com o cargo ocupado.

Deve-se observar, contudo, para expediente artiloso de vários políticos com foro privilegiado que tentam manipular as regras processuais no intuito de postergar o seu julgamento para conseguirem atingir marco temporal da prescrição, qual seja, o ato de renúncia às vésperas do julgamento. Como a competência criminal e a própria efetividade da jurisdição não podem ficar à mercê da vontade de qualquer agente, o Supremo Tribunal Federal (STF)³⁹⁴ fixou tese no sentido de que “após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

Ocorre que, para além das penas privativas de liberdade, a lei também preconiza que a condenação “acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de

Segundo ele, o processo deveria ter sido enviado à primeira instância no momento em que Rubens Furlan deixou de ser prefeito. Ele observou que não houve reeleição, pois quando o primeiro mandato de Furlan terminou outro prefeito assumiu o cargo. O ministro afirmou, ainda, que o fato de Rubens Furlan voltar ao mandato não prorroga o foro. ‘Não há nada relacionado ao exercício do atual mandato’, observou, ao explicar que o TJ manteve a sua competência até o final, mas os fatos ‘foram praticados lá atrás e houve um momento em que ele [Furlan] deixou de ser prefeito’. Para o ministro Alexandre de Moraes, a intenção da decisão plenária do Supremo foi definir que o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e que estejam relacionados às funções desempenhadas na atualidade. Por essas razões, o ministro deu provimento ao agravo para determinar a remessa dos autos à primeira instância, mantida a validade de todos os atos praticados pelo Tribunal de Justiça. O ministro Luiz Fux acompanhou integralmente a divergência, já o ministro Marco Aurélio votou no sentido de dar provimento ao recurso, com a remessa do processo à primeira instância, porém sem validar os atos decisórios do TJ-SP.” Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411070> e acessado no dia 28/05/2019, às 23:16 horas.

³⁹⁴ AP 937 QO, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018.

nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular” (vide o §2º do mesmo artigo 1º).

Sobre as sanções desse tipo de crime, algumas observações merecem ser feitas para evitar confusões quando de sua aplicação.

No que diz respeito à reparação, deve-se notar “não é o valor do enriquecimento ilícito que deve ser ressarcido, mas o prejuízo integral causado aos cofres públicos.”³⁹⁵

Já sobre a perda de cargo ou a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação em decorrência da condenação definitiva, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (STF)³⁹⁶ e o Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁹⁷ vêm consolidando a sua jurisprudência no sentido de que elas não devem ser aplicadas automaticamente, “exigindo, portanto, fundamentação adequada, nos termos do art. 92 do CP, aplicável na hipótese, ante à omissão do decreto-lei, por força do art. 12 do CP.”³⁹⁸

Ainda sobre essas penas, que possuem caráter acessório à luz da doutrina e jurisprudência majoritárias, cumpre chamar atenção para a recentíssima Súmula nº631, do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁹⁹, a saber: “O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais”, de modo que a

³⁹⁵ STJ, AgRg no AREsp 901.042/BA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 31/10/2018.

³⁹⁶ STF, AP 441, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012.

³⁹⁷ “As penas acessórias previstas no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 - perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação - não decorrem automaticamente da condenação, devendo o magistrado fundamentar a sua aplicação. Precedentes.” (HC 481.010/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018).

³⁹⁸ STJ, REsp 1577195/PB, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 10/10/2018.

³⁹⁹ Aprovada em 02/05/2019, com redação disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>, e acessada em 27/05/2019, às 19:00 horas.

benemerência presidencial com a corrupção (reputada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal)⁴⁰⁰ não abolirá a respectiva inabilitação.

No que diz respeito à extensão subjetiva das penas acessórias, elas devem ser aplicadas a todos os agentes envolvidos no delito (autores e partícipes)⁴⁰¹. Também é importante destacar que, na visão do Superior Tribunal

⁴⁰⁰ Em julgado polêmico, o Plenário da Corte Suprema decidiu que o indulto presidencial pode ser mesmo nos casos de corrupção, uma vez que tal delito é hediondo e que se trata de ato privativo do Chefe do Executivo sindicável apenas nos casos de fuga dos parâmetros objetivos postos na Constituição Federal. Do sítio oficial do Tribunal, colhe-se a seguinte matéria: “Por 7 votos a 4, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, na sessão desta quinta-feira (9), a constitucionalidade do decreto de indulto natalino de 2017, assinado pelo então presidente da República Michel Temer, e o direito de o chefe do Poder Executivo Federal, dentro das hipóteses legais, editar decreto concedendo o benefício. A decisão foi tomada no julgamento do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5874, ajuizada pela procuradora-geral da República, Raquel Dodge. O Decreto 9.246/2017 começou a ser analisado pelo Plenário em novembro de 2018, quando o relator, ministro Roberto Barroso, votou pela procedência parcial da ação. Ele se pronunciou no sentido de excluir do âmbito de incidência do indulto natalino os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações e os crimes de lavagem de dinheiro. O ministro também entendeu ser inconstitucional o dispositivo que estende o perdão à pena de multa, por clara ausência de finalidade constitucional, salvo em casos em que ficar demonstrada a extrema insuficiência de recursos do condenado. O relator foi acompanhado pelo ministro Edson Fachin. Na ocasião, a divergência – que acabou vencedora no julgamento – foi inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes, que votou pela improcedência da ADI e lembrou que o indulto é uma tradição no Brasil. Segundo ele, a concessão de indulto, prevista no artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, é ato privativo do presidente da República e não fere o princípio da separação de Poderes. O ministro explicou que existem limites à discricionariedade do chefe do Poder Executivo. O presidente não pode, por exemplo, assinar ato de clemência em favor de extraditando, por exemplo, uma vez que o objeto do instituto alcança apenas delitos sob a competência jurisdicional do Estado brasileiro, ou conceder indulto no caso de crimes hediondos, como tortura, terrorismo e tráfico de entorpecentes. Segundo o ministro Alexandre, se o presidente da República editou o decreto dentro das hipóteses legais e legítimas, mesmo que não se concorde com ele, não se pode adentrar o mérito dessa concessão. ‘O ato está vinculado aos ditames constitucionais, mas não pode o subjetivismo do chefe do Poder Executivo ser trocado pelo subjetivismo do Poder Judiciário’, ressaltou. Acompanham a divergência, naquela sessão, a ministra Rosa Weber e os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Celso de Mello. O julgamento havia sido suspenso por pedido de vista do ministro Luiz Fux, que apresentou seu voto na sessão desta quinta-feira (9) no sentido da procedência parcial da ação, acompanhando o relator, por entender que cabe ao Judiciário adaptar a sanção ao caso concreto, de forma que ela não seja excessiva ou insuficiente. Segundo seu entendimento, a redução indiscriminada e arbitrária da pena por obra de decreto concessivo de caráter geral é atentatória ao princípio democrático e da separação de Poderes, por usurpar o poder do Judiciário de definir a reprimenda penal. Na sequência, votaram a ministra Cármen Lúcia, acompanhando o relator, e o presidente, ministro Dias Toffoli, que se alinhou à corrente majoritária.” Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410684> e acessado no dia 28/05/2019, às 23:32 horas.

⁴⁰¹ Foi como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ): CRIMINAL. RESP. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PENA ACESSÓRIA. INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DO CARGO OU FUNÇÃO. CO-AUTOR. APLICAÇÃO. RECURSO PROVIDO. I. O § 2º do art. 1º do Decreto-lei 201/67 prevê a pena acessória de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pelo prazo de 5 (cinco) anos. II. A disposição legal abrange todos os envolvidos na prática delituosa, co-autores e partícipes. III. A imposição da pena acessória de

de Justiça (STJ), “a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, g, do Código Penal - CP ter o agente cometido o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão - ao delito previsto no art. 1º, III, do Decreto-Lei n. 201/67 - crime de responsabilidade de Prefeitos e Vereadores - configura indevido bis in idem”⁴⁰².

Outrossim, deve-se lembrar que a Corte Suprema já decidiu que “ante a prescrição da pretensão punitiva, não cabe impor o que surge como consequência da prática criminosa, ou seja, a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública.”⁴⁰³

No que diz respeito aos aspectos processuais, o artigo 2º, do Decreto-Lei nº201/1967 determina a aplicação do rito “comum, do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal”, com algumas particularidades⁴⁰⁴, a saber:

inabilitação temporária para o exercício de cargo ou função pública, efetivo ou de nomeação, de acordo com o Decreto-lei n.º 201/67, é decorrência da própria condenação. IV. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (REsp 905.326/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2007, DJ 29/06/2007, p. 714).

⁴⁰² HC 481.010/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018.

⁴⁰³ STF, HC 129615, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 16/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 26-05-2017 PUBLIC 29-05-2017. No mesmo sentido, vem julgando o Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A pena de inabilitação, pelo prazo de 5 anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, pressupõe condenação definitiva por crime previsto no Decreto-Lei 201/67, a teor do seu art. 1º, § 2º, não subsistindo, de forma autônoma, em relação à pena privativa de liberdade fulminada pela pretensão punitiva do Estado. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos para integrar o acórdão embargado, fazendo constar que a extinção da punibilidade pela prescrição, nele reconhecida, alcança a pena de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública.” (EDcl no AgInt no REsp 1628741/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 04/10/2018).

⁴⁰⁴ São elas: I - Antes de receber a denúncia, o Juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias. Se o acusado não for encontrado para a notificação, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa, dentro no mesmo prazo. II - Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos. III - Do despacho, concessivo ou denegatório, de prisão preventiva, ou de afastamento do cargo do acusado, caberá recurso, em sentido estrito, para o Tribunal competente, no prazo de cinco dias, em autos apartados. O recurso do despacho que decreta a prisão preventiva ou o afastamento do cargo terá efeito suspensivo. § 1º Os órgãos federais, estaduais ou municipais, interessados na apuração da responsabilidade do Prefeito, podem requerer a abertura do inquérito policial ou

I - Inicialmente, destacamos a regra do inciso I, segundo a qual o juiz deve expedir uma notificação preliminar para que o acusado possa apresentar defesa prévia no prazo de 5 (cinco) dias, em medida similar ao rito dos crimes funcionais estabelecidos pelo Código de Processo Penal (artigos 513 a 518), mas que com ele não se confunde, pois essa última categoria só se aplica no caso dos crimes tipificados entre os artigos 312 e 326 do Código Penal⁴⁰⁵. Em nosso sentir, trata-se de regra anacrônica e que deveria ser tida como não-recepcionada pelos Tribunais Superiores, já que não há nada que justifique esse tratamento processual diferenciado ao Prefeito Municipal. Isso vai de encontro às balizas estruturantes da República e da igualdade entre todos.

Não obstante isso e considerando-se válida essa regra, devemos observar que se a denúncia for precedida de uma fase investigatória oficial prévia (via de regra, inquérito policial ou procedimento investigatório criminal conduzido diretamente pelo Ministério Público), a jurisprudência dispensa essa notificação preliminar⁴⁰⁶. Além disso, a inobservância dessa peculiaridade processual não dispensa a prova de prejuízo processual, pois é causa de nulidade relativa, como já sedimentado na doutrina e na jurisprudência⁴⁰⁷.

a instauração da ação penal pelo Ministério Público, bem como intervir, em qualquer fase do processo, como assistente da acusação. § 2º Se as providências para a abertura do inquérito policial ou instauração da ação penal não forem atendidas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público estadual, poderão ser requeridas ao Procurador-Geral da República.

⁴⁰⁵ “O procedimento especial previsto nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal só se aplica aos delitos funcionais típicos, descritos nos artigos 312 a 326 do Código Penal. Precedentes.” (STJ, HC 253.951/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 21/11/2013).

⁴⁰⁶ Essa é a exegese que se extrai da Súmula 330, do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.” Nesse sentido: “No que concerne à alegada imprescindibilidade de defesa preliminar e contarieidade ao art. 2º, II, do Decreto-Lei 201/67, verifico que não assiste razão ao recorrente, pois segundo consignado pelo Tribunal a quo, ao ora recorrente e aos demais corréus foi oportunizada a apresentação de defesa prévia. Ademais, “Ainda que assim não fosse, consolidou-se neste Tribunal Superior o entendimento de que a notificação do servidor público não é necessária quando a ação penal foi precedida de procedimento investigatório criminal ou de inquérito policial, exatamente como na espécie.” (STJ, RHC n. 43.978/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/8/2014).

⁴⁰⁷ “(...) é pacífico no âmbito das Cortes Superiores o entendimento de que a inobservância do rito retromencionado configura nulidade relativa, cuja arguição deve ser feita oportunamente, sob pena de preclusão, exigindo, ainda, a demonstração do prejuízo suportado pela parte, já que o art. 563 do Código de Processo Penal consagra o princípio *pas de nullité sans grief*. In concreto, malgrado a inobservância do rito legal tenha sido aventada na primeira oportunidade em que a

II - Outra peculiaridade está disposta no inciso II, que diz: “Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos”).

Esse dispositivo vai de encontro a dois princípios fundamentais do sistema processual penal brasileiro: o da inércia e o acusatório, pois impõe ao juiz decisão *ex officio* sobre medidas que geram grande interferência no processo. De toda sorte, a obrigatoriedade é da decisão (concessiva ou denegatória da prisão e afastamento), que é livre e será controlada mediante a devida fundamentação.

Sobre a prisão preventiva (cabível apenas para os casos dos crimes de responsabilidade tipificados no artigo 1º, incisos I e II, do Decreto-Lei nº201/1967⁴⁰⁸), algumas observações merecem ser feitas: a) A primeira consiste na afirmação que, na atual sistemática processual brasileira, a prisão é a última medida a ser adotada pelo magistrado, cujos pressupostos devem estar plenamente demonstrados nos autos. No caso da prisão preventiva, o artigo 312 deixa bem claro que a sua decretação está condicionada à prova da existência do crime, aos indícios de autoria e de um dos seus fundamentos (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal).

No caso dos políticos, há um clamor social pela prisão de todos aqueles formalmente acusados de praticarem corrupção. Trata-se de um fenômeno sociológico, que encontra razão legitimadora na tradicional impunidade brasileira, mas que não pode servir de fundamento válido, por si só, para a

defesa manifestou-se nos autos, já em sede de resposta à acusação, o dano causado ao paciente não restou concretamente demonstrado, razão pela qual não deve ser reconhecida a nulidade do procedimento.” (STJ, HC 369.182/AP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017).

⁴⁰⁸ Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos.

medida extrema⁴⁰⁹. É preciso algo mais, sob pena de se ter uma prisão ilegal.

Assim, a comprovação de que o Prefeito faz parte de uma organização criminosa instalada no âmbito de determinada Administração Pública para o cometimento dos mais variados atos de corrupção, é fundamento mais do que razoável para a segregação cautelar, como apontado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pois evitar a reiteração criminosa é uma das formas de se tutelar a ordem pública⁴¹⁰. Esse fundamento ganha mais legitimidade se estivermos diante de réu que seja investigado ou processado por outros crimes, independentemente de ser ou não relacionado com a corrupção, já que se pretende é cessar a atividade criminosa⁴¹¹.

⁴⁰⁹ “Prevalece o entendimento no sentido de que a mera gravidade do crime, por si só, não justifica a decretação da prisão preventiva. Assim, nos termos da tese 9, da ‘Jurisprudência de Teses’, do STJ, ‘a alusão genérica sobre a gravidade do delito, o clamor público ou a comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva’. Não significa dizer, por óbvio, que a gravidade do crime, sua repercussão no meio no qual cometido, o desassossego que acarreta à sociedade, devam ser ignorados pelo julgador. Ao contrário, devem ser considerados, mas a partir de fundamentos precisos, extraídos da análise do caso concreto, e não buscados em afirmações genéricas, em frases feitas, de cunho abstrato, incompatíveis com a excepcionalidade que marca a prisão preventiva.” (CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados Artigo por Artigo*. Salvador: JusPodivm, 3ª edição, 2019, p.887).

⁴¹⁰ “IV - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. V - In casu, o decreto de segregação cautelar do paciente encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, uma vez que devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, notadamente por integrar organização criminosa que envolvia prefeito do Município de Cabedelo/PB, agentes políticos e servidores dos Poderes executivo e legislativo, pesando acusações de recebimento de propinas. Consta, ainda, que o paciente teria recebido diretamente de Lucas Santino (colaborador) o montante de R\$ 100.000,00, como contrapartida por seu empenho em impedir a construção do Shopping Pátio Intermare. Ademais, teria participado do “esquema de desvio de recursos da folha salarial de servidores” (fl. 648)” dado que evidencia a necessidade da imposição da medida extrema. VI - Quanto a alegação de que não há contemporaneidade e necessidade da prisão cautelar, ressalte-se, ainda, que se infere dos autos tratar-se o paciente de pessoa que goza de influência política e social no Município, fato que poderá causar embaraços ao andamento das investigações. VII – ‘A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva’ (HC n. 95.024/SP, Primeira Turma, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJe de 20/02/2009).” Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 492.047/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019).

⁴¹¹ Nesse sentido, o enunciado 14 da “Jurisprudência em Teses”, do Superior Tribunal de Justiça (STJ): 14) “Inquéritos policiais e processos em andamento, embora não tenham o condão de

b) Outra questão polêmica diz respeito ao chamado “princípio da contemporaneidade”, que supostamente exigiria para a decretação da prisão preventiva do Prefeito que a decisão judicial fosse temporalmente próxima aos fatos tidos como criminosos e durante o exercício do mandato⁴¹². De fato, *a priori*, não nos parece legítimo o decreto prisional contra o Prefeito em decorrência de fatos praticados no exercício da chefia do Poder Executivo se o mesmo não ocupa mais o citado cargo, salvo se restar comprovado, por exemplo, que o mesmo ainda exerce – ou tenta exercer - grande poder de influência na gestão pública (seja por meio de parentes⁴¹³ ou “laranjas” em cargos estratégicos, seja porque ocupa alguma

exasperar a pena-base no momento da dosimetria da pena, são elementos aptos a demonstrar eventual reiteração delitiva, fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva.”

⁴¹² “5. Em que pese a existência de materialidade e robustos indícios de autoria do crime cuja prática se atribui ao Paciente, bem como a destacada gravidade concreta do delito, não ficou evidenciado nos autos a contemporaneidade entre os fatos apurados e a decretação da prisão preventiva. Notadamente porque os fatos, embora graves, foram praticados em 2017 e apurados pela Polícia Federal em operação deflagrada em 09/11/2017, com requisição para instauração de inquérito policial no final de janeiro de 2018, tendo sido a prisão preventiva decretada em 22/10/2018 e mantida pela decisão ora impugnada, datada de 30/10/2018. 6. Nesse passo, ante a ausência de demonstração da contemporaneidade do crime imputado ao Paciente, deve ser aplicado à hipótese o princípio da contemporaneidade dos motivos que ensejam a decretação da segregação cautelar, em consonância com julgados desta Corte, sendo suficiente a imposição de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Precedentes.” (STJ, HC 478.258/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019).

⁴¹³ “4. Hipótese na qual as instâncias ordinárias demonstraram, de forma suficiente, a existência de elementos justificadores da segregação cautelar, destacando a gravidade concreta da conduta imputada, na qual os recorrentes, juntamente com os então prefeito e vice-prefeitos de Canapi/AL, teriam se apropriado de vastos recursos municipais, arbitrados em montante superior a 17 milhões de reais, causando graves danos ao orçamento local. Ressaltaram que o mero afastamento do grupo das esferas públicas é insuficiente para obstar a reiteração delitiva ou a ocultação dos valores, uma vez que mantêm ainda relevante esfera de influência, demonstrando que a prisão é necessária de modo a garantir que não haja continuidade das práticas criminosas, tampouco óbice à árdua tarefa de rastreamento e recuperação dos montantes desviados. 5. A título de exemplo, cabe considerar que, após ser afastado, o então prefeito ofereceu propina de mais de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ao seu vice e também corréu, para que este deixasse a prefeitura “em poder do então presidente da Câmara Municipal, Ângelo Luciano Malta Brandão, primo e aliado político do ex-prefeito, o que permitiria continuar no domínio da prefeitura” a mesma direção. A própria inicial menciona que ambos os recorrentes só vieram a ocupar cargos públicos após os fatos ora narrados. Ou seja, ainda que afastados da esfera pública, visualiza-se, de forma nítida, a possibilidade da continuidade da atuação do suposto bando mediante ação de terceiros ainda detentores de poder. 6. Gravidade concreta dos fatos. Periculosidade dos agentes. Possibilidade de reiteração delitiva. Modus operandi. Manutenção de influência na estrutura do Poder. Recuperação de ativos. Prejuízos. Necessidade de interromper a estrutura da suposta organização criminosa. Articulação e Complexidade nas ações delitivas. Precedentes do STF e do STJ 7. O entendimento desta Corte é assente no sentido de que, estando presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la. 8. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.” (RHC

função de fato ou de direito no poder público), ou se for o caso de pessoa com inegável influência política (os chamados “coronéis” ou “caciques” políticos tradicionais)⁴¹⁴, bem como se o mesmo estiver interferindo na colheita de provas (destruindo ou ocultando objetos de prova, tentando influenciar testemunhas do processo ou ameaçando autoridades) e, por fim, se estiver novamente praticando delitos, ou planejando fuga.

Deve-se observar que o artigo 2º, II, do Decreto-Lei nº201/1967, diz que ela deverá ser aplicada “durante a instrução do processo”, o que não impede, contudo, que ela seja decretada após a sentença condenatória se presentes qualquer dos seus pressupostos, como a reiteração criminosa⁴¹⁵.

Superada a análise da prisão preventiva, deve-se analisar a questão do afastamento do cargo a que alude o mesmo dispositivo. E, para começar, arguimos que o principal fundamento que enseja essa medida é a proteção ao patrimônio público (na sua acepção ampla) na perspectiva de evitar que a conduta corrupta verificada em um caso possa ser repetida e não descoberta pelas facilidades decorrentes do cargo. Além disso, a preservação da prova, sobretudo a testemunhal, é outro fundamento idôneo para essa medida⁴¹⁶.

87.315/AL, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018).

⁴¹⁴ PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PECULATO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na referência às circunstâncias fáticas, pois o recorrente integrava organização criminosa, tendo praticado a conduta delitiva de forma habitual e sistemática, inclusive no decorrer das investigações, causando prejuízos aos cofres públicos por cerca de nove anos, através da nomeação de servidores fantasmas, sem deixar de lado a indicada influência apta a ser exercida sobre a máquina administrativa, não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva. 2. Recurso em habeas corpus improvido. (STJ, RHC 90.196/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 03/04/2018).

⁴¹⁵ “Apesar de ter respondido ao processo em liberdade durante toda a instrução, o réu possui outros registros criminais, o que demonstra o efetivo risco de incorrer em reiteração delitiva, fundamento apto a embasar o decreto da prisão preventiva, nos termos do art. 312, do Código de Processo Penal. Precedentes.” (STJ, AgRg no RHC 93.335/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019).

⁴¹⁶ “Quanto à sustentada ausência de fundamentação idônea para a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, os elementos delineados nos autos afastam a plausibilidade jurídica do direito tido como violado, sobretudo em razão de o Juiz de primeira instância ter apontado, de forma idônea, motivação suficiente para justificar a necessidade de

Outrossim, cumpre registrar que não há, nem no Decreto Lei nº201/1967, nem em qualquer outro diploma legal, qualquer prazo específico em dias para a duração dessa medida, de modo que o fim da instrução processual deve ser o *termo ad quem* para a sua vigência. Não obstante isso, sobrevindo sentença condenatória, parece-nos razoável que possa ser decretado novo afastamento como forma de se tutelar o erário público e a moralidade administrativa, que estariam em constante risco sob a administração de quem comprovadamente já utilizou as facilidades decorrentes do cargo para lesá-los. Aliás, em um juízo de proporcionalidade, se a próxima condenação já ensejaria a execução provisória da prisão, nada mais justo que se acautele a estrutura pública com essa medida cautelar.

III - Seguindo na análise dos aspectos processuais, chamamos a atenção para o disposto no inciso III, que dá efeito suspensivo automático ao recurso que seja interposto contra a decisão que decreta a prisão preventiva ou o afastamento do Prefeito. Em nosso sentir, esse dispositivo não possui mais vigência por ausência de recepção.

Primeiro, deve-se observar que o mesmo não possui ressonância na atual ordem constitucional, que procura preservar o patrimônio público em máxima potência, como fica bem claro a partir de todos os mandados constitucionais anticorrupção já citados. Ora, dizer que uma decisão motivada de um órgão jurisdicional sobre atos que violem o dever de honestidade e lealdade às instituições que têm os Prefeitos não terá mais validade pelo simples protocolo de uma petição recursal, que pode não ter nada de concreto sobre aquele caso, mas ser apenas um recurso formal, é uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, na sua vertente de proibição da proteção deficiente.

suspender o paciente do exercício da função pública e de proibi-lo de ingressar em determinados prédios públicos, ao salientar - após narrar exaustivamente as circunstâncias dos delitos - a imprescindibilidade das 'medidas cautelares diversas, derivadas do poder geral de cautela do juiz, para sobrestar desde logo as práticas lesivas supra narradas, bem como para impedir a reiteração/continuidade de supostas condutas criminosas', bem como o fato de que 'agentes públicos [...] ainda ostentam cargos na Administração Pública e detêm, portanto, poderes para, concretamente, destruírem provas e intimidar testemunhas, bem como para prosseguirem em suas empreitadas criminosas'. (STJ, AgRg no HC 454.043/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 29/10/2018).

A contradição sistêmica é tão grande que o *habeas corpus*, garantia secular contra as ilegalidades e abusos na seara criminal, reclama o requisito do *fumus boni juris* para a concessão de uma medida liminar voltada a suspender uma prisão ou um afastamento, mas a petição do recurso não precisa demonstrar nada, só o comprovante do protocolo!

Não bastasse isso, e em hipótese alternativa, pode-se defender que esse dispositivo é inconveniente, pois viola claramente o disposto no artigo 30, nº6, da Convenção de Mérida, segundo o qual “cada Estado Parte considerará a possibilidade de estabelecer, na medida em que ele seja concordante com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, procedimentos em virtude dos quais um funcionário público que seja acusado de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção possa, quando proceder, ser destituído, suspenso ou transferido pela autoridade correspondente, tendo presente o respeito ao princípio de presunção de inocência.”

3.8. Quebra de Decoro Parlamentar.

Outra espécie de corrupção nominada na seara política é a quebra de decoro parlamentar, definida pelo texto constitucional como o abuso das prerrogativas asseguradas aos membros do Congresso Nacional, a percepção de vantagens indevidas, bem como outras hipóteses delineadas pelo regimento interno da cada Casa Legislativa, como aponta o artigo 55, inciso II, §1º, da Constituição Federal de 1988.

Pois bem, no que diz respeito aos Deputados Federais, a Resolução nº25/2001, que instituiu o Código de Ética da Câmara dos Deputados, deixou estabelecido que são deveres fundamentais dos Deputados Federais promover a defesa do interesse público e da soberania nacional (artigo 3º, I), respeitar e cumprir a Constituição Federal, as leis e as normas internas da Casa e do Congresso Nacional (artigo 3º, I), exercer o mandato com dignidade e respeito à coisa pública e à vontade popular, agindo com boa-fé, zelo e probidade (artigo 3º, IV), examinar todas as proposições submetidas a sua apreciação e voto sob a ótica do interesse público (artigo 3º, VI) e prestar contas do mandato à

sociedade, disponibilizando as informações necessárias ao seu acompanhamento e fiscalização (artigo 3º, VIII).

Tais obrigações funcionais, umbilicalmente relacionadas com a prevenção e repressão à corrupção, se descumpridas, caracterizam quebra de decoro parlamentar, que também resta verificada em outras hipóteses regimentais⁴¹⁷.

Sobre o procedimento na Câmara dos Deputados, o mesmo segue o rito previsto entre os artigos 9º e 16, da Resolução nº25, acima citada.

⁴¹⁷ Art. 4º Constituem procedimentos incompatíveis com o decoro parlamentar, puníveis com a perda do mandato: I - abusar das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, § 1º); II - perceber, a qualquer título, em proveito próprio ou de outrem, no exercício da atividade parlamentar, vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, § 1º); III - celebrar acordo que tenha por objeto a posse do suplente, condicionando-a à contraprestação financeira ou à prática de atos contrários aos deveres éticos ou regimentais dos Deputados; IV - fraudar, por qualquer meio ou forma, o regular andamento dos trabalhos legislativos para alterar o resultado de deliberação; V - omitir intencionalmente informação relevante ou, nas mesmas condições, prestar informação falsa nas declarações de que trata o art. 18; VI - praticar irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos decorrentes, que afetem a dignidade da representação popular. Art. 5º Atentam, ainda, contra o decoro parlamentar as seguintes condutas, puníveis na forma deste Código: I - perturbar a ordem das sessões da Câmara dos Deputados ou das reuniões de Comissão; II - praticar atos que infrinjam as regras de boa conduta nas dependências da Casa; III - praticar ofensas físicas ou morais nas dependências da Câmara dos Deputados ou desacatar, por atos ou palavras, outro parlamentar, a Mesa ou Comissão ou os respectivos Presidentes; IV - usar os poderes e prerrogativas do cargo para constranger ou aliciar servidor, colega ou qualquer pessoa sobre a qual exerça ascendência hierárquica, com o fim de obter qualquer espécie de favorecimento; V - revelar conteúdo de debates ou deliberações que a Câmara dos Deputados ou Comissão hajam resolvido que devam ficar secretos; VI - revelar informações e documentos oficiais de caráter sigiloso, de que tenha tido conhecimento na forma regimental; VII - usar verbas de gabinete ou qualquer outra inerente ao exercício do cargo em desacordo com os princípios fixados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal; VIII - relatar matéria submetida à apreciação da Câmara dos Deputados, de interesse específico de pessoa física ou jurídica que tenha contribuído para o financiamento de sua campanha eleitoral; IX - fraudar, por qualquer meio ou forma, o registro de presença às sessões ou às reuniões de Comissão; X - deixar de observar intencionalmente os deveres fundamentais do Deputado, previstos no art. 3º deste Código. Parágrafo único. As condutas puníveis neste artigo só serão objeto de apreciação mediante provas. Art. 18. O Deputado apresentará à Mesa ou, no caso do inciso II deste artigo, quando couber, à Comissão as seguintes declarações: I - ao assumir o mandato, para efeito de posse, bem como quando solicitado pelo órgão competente da Câmara dos Deputados, "Autorização de Acesso aos Dados das Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física" e às respectivas retificações entregues à Secretaria da Receita Federal do Brasil, para os fins de cumprimento da exigência contida no art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, no art. 1º da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, e da Instrução Normativa TCU nº 65, de 20 de abril de 2011; II - durante o exercício do mandato, em Comissão ou em Plenário, ao iniciar-se a apreciação de matéria que envolva direta e especificamente seus interesses patrimoniais, declaração de impedimento para votar. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/2001/resolucaodacamaradosdeputados-25-10-outubro-2001-320496-norma-pl.html> e acessado no dia 03/06/2019, às 15:30 horas.

Já no que toca aos Senadores da República, a Resolução nº20/1993⁴¹⁸, do Senado Federal instituiu o “Código de Ética e Decoro Parlamentar” dos representantes dos Estados, trazendo disposições bem mais resumidas do que as dos Deputados Federais, mas, em determinado ponto, mais ampla, pois abrange fatos praticados no processo eleitoral, como o abuso de poder econômico (artigo 4º, III).

Assim sendo, o artigo 2º, do referido ato infra legal, diz que são deveres fundamentais do Senador: I - promover a defesa dos interesses populares e nacionais; II - zelar pelo aprimoramento da ordem constitucional e legal do País, particularmente das instituições democráticas e representativas, e pelas prerrogativas do Poder Legislativo; III - exercer o mandato com dignidade e respeito à coisa pública e à vontade popular; IV - apresentar-se ao Senado durante as sessões legislativas ordinárias e extraordinária e participar das sessões do plenário e das reuniões de Comissão de que seja membro, além das sessões conjuntas do Congresso Nacional.

Já o artigo 4º, que integra o Capítulo denominado “*Dos Atos Contrários à Ética e ao Decoro Parlamentar*”, aponta como sendo proibido aos Senadores: I - celebrar contrato com instituição financeira controlada pelo Poder Público, incluídos nesta vedação, além do Senador como pessoa física, seu cônjuge ou companheira e pessoas jurídicas direta ou indiretamente por ele controladas; II - dirigir ou gerir empresas, órgãos e meios de comunicação, considerados como tal pessoas jurídicas que indiquem em seu objeto social a execução de serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens⁴¹⁹; III - praticar abuso do poder econômico no processo eleitoral.

Já o §1º, diz que é permitido ao Senador, bem como a seu cônjuge ou companheira, movimentar contas e manter cheques especiais ou garantidos, de

⁴¹⁸ Disponível em <http://legis.senado.leg.br/norma/561878/publicacao/16433594> e acessado no dia 03/06/2019, às 16:00 horas.

⁴¹⁹ O § 2º, desse mesmo artigo, diz que excluem-se da proibição constante do inciso II a direção ou gestão de jornais, editoras de livros e similares.

valores correntes e contrato de cláusulas uniformes, nas instituições financeiras referidas no inciso I.

Por fim, o artigo 5º, diz que consideram-se incompatíveis com a ética e o decoro parlamentar: I - o abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, § 1º); II - a percepção de vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, § 1º) tais como doações, ressalvados brindes sem valor econômico; III - a prática de irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos decorrentes.

Incluem-se entre as irregularidades graves, para fins deste artigo: I - a atribuição de dotação orçamentária, sob a forma de subvenções sociais, auxílios ou qualquer outra rubrica, a entidades ou instituições das quais participe o Senador, seu cônjuge, companheira ou parente, de um ou de outro, até o terceiro grau, bem como pessoa jurídica direta ou indiretamente por eles controlada, ou ainda, que aplique os recursos recebidos em atividades que não correspondam rigorosamente às suas finalidades estatutárias; II - a criação ou autorização de encargos em termos que, pelo seu valor ou pelas características da empresa ou entidade beneficiada ou contratada, possam resultar em aplicação indevida de recursos públicos.

O procedimento de apuração e julgamento está regulado entre os artigos 7º e 25, do mesmo diploma.

3.9. Crimes Contra a Administração Pública.

3.9.1. Delimitação Conceitual.

O Título XI, da Parte Especial do Código Penal traz os chamados “crimes contra a Administração Pública”, subdivido em cinco capítulos⁴²⁰ que contemplam um total de 61 (sessenta e uma) condutas típicas. Como dito

⁴²⁰Capítulo I – Dos Crimes Praticados por Funcionário Público Contra a Administração em Geral; Capítulo II - Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral; Capítulo II-A - Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira; Capítulo III - Dos Crimes Contra a Administração da Justiça; Capítulo IV - Dos Crimes Contra as Finanças Públicas.

quando da apresentação da legislação anticorrupção, tais delitos são associados costumeiramente com o fenômeno da corrupção, em especial nas modalidades em que se verifica lesão/desvio do patrimônio público (caso do peculato – artigo 312) ou o mercadejar da função pública (como seve na corrupção passiva – artigo 317).

Entretanto, também já apontamos que algumas das figuras típicas inseridas nesse Título da codificação penal não possuem qualquer relação com atos de corrupção, como é o caso da desobediência (artigo 330) ou do desacato (artigo 331)⁴²¹.

Também existem delitos contemplados nesse gênero que sequer reclamam a condição de funcionário público para que restem consumados, estando os mesmos claramente em *locus* normativo inapropriado. É o caso, por exemplo, do delito de tráfico de influência (artigo 332).

Além disso, convém frisar que não é exclusividade desse Título XI do Código Penal a previsão de condutas criminosas que versam sobre atos de corrupção no exercício de função pública ou que lesem os interesses da Administração Pública. À título exemplificativo, podemos citar os crimes de “certidão ou atestado ideologicamente falso” (artigo 301)⁴²², “adulteração de sinal identificador de veículo automotor” (artigo 311)⁴²³, “fraudes em certames de

⁴²¹ É importante frisar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, “no julgamento do HC n. 379.269/MS, Relator para o acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe 30/6/2017, pronunciou-se no sentido de que não há falar em revogação do crime de desacato em razão do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos. Tal figura típica serve para inibir os excessos, a ofensa indevida, a ofensa extremada que se pode perpetrar contra qualquer servidor público no uso de suas atribuições rotineiras, e não para inibir o pensamento, a liberdade de expressão ou aquilo que se quer dizer.” (STJ, AgRg no HC 463.638/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 02/10/2018).

⁴²² Art. 301 - Atestar ou certificar falsamente, em razão de função pública, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem: Pena - detenção, de dois meses a um ano.

⁴²³ Art. 311 - Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa. § 1º - Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de um terço. § 2º - Incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

interesses públicos” (artigo 311-A)⁴²⁴ etc.

Ora, se assim é, percebe-se que o Título XI possui designação formal equívoca, uma vez que não contempla todos os crimes daquela natureza. Nesse sentido, aliás, deve-se observar que essa é a interpretação doutrinária⁴²⁵ e jurisprudencial⁴²⁶ na seara eleitoral para o termo “crimes contra a Administração Pública”, especificamente quando se vai auferir a inelegibilidade de determinado candidato, nos termos do artigo 1º, I, “e”, nº1, da Lei Complementar nº64/1990⁴²⁷, de modo que abrange os delitos acima citados e quaisquer outros que atinjam a esfera jurídica da Administração Pública e da coletividade, como é o caso dos crimes licitatórios, os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais etc.

⁴²⁴ Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de: I – concurso público; II - avaliação ou exame públicos; III - processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou IV - exame ou processo seletivo previstos em lei. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput. § 2º Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. § 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.

⁴²⁵ “A definição do alcance da expressão ‘crimes contra a administração pública’ deve ser feita pela identificação do sujeito passivo do delito e não pela topografia dos tipos penais dentro do Título XI do CP. Incide a inelegibilidade quando a administração pública é titular imediata do bem jurídico atingido pela prática criminosa. O simples interesse na aplicação da tutela penal ou a ofensa indireta ou mediata a bens ou interesse da administração pública não justificam a incidência da causa de inelegibilidade. Nesses termos, além dos crimes contra a administração pública tipificados nos artigos 312 a 359-H do CP, a causa de inelegibilidade alcança os crimes previstos na Lei nº8.666/93, os crimes praticados por Prefeitos e Vereadores tipificados no Decreto-Lei nº201/67, o crime de sonegação fiscal tipificado no art. 1º da Lei nº8.137/90 e o crime de envolvimento de atividade clandestina de radiodifusão descrito no art. 183 da Lei nº9.472/97. Não alcança, porém, os crimes de desacato contra a autoridades públicas, de resistência e de desobediência comum.” (MEDEIROS, Marcilio Nunes. *Legislação Eleitoral Comentada e Anotada Artigo por Artigo*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.187).

⁴²⁶ “O só fato de o recorrente ter contra si condenação criminal já transitada em julgado pela prática dos crimes previstos nos arts. 297, § 1º, do CP (falsificação de documento público) e 89 da Lei nº 8.666/1993 (dispensa ilegal de licitação) é suficiente para atrair a incidência da causa de inelegibilidade do art. 1º, I, 1, da LC nº 64/1990, por serem enquadráveis, respectivamente, como crimes contra a fé pública e contra a administração pública.” (TSE, Recurso Ordinário nº 060437361, Acórdão, Relator(a) Min. Og Fernandes, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 03/10/2018).

⁴²⁷ Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público.

Explicada essa dubiedade da expressão, no presente tópico, iremos analisar apenas os aspectos inerentes aos “crimes contra a Administração Pública elencados pelo Título XI, do Código Penal Brasileiro.

3.9.2. Crimes contra a Administração Pública e Crimes Funcionais.

Em uma análise dos crimes localizados no Título XI, da Parte Especial, do Código Penal, verifica-se a existência de crimes contra a Administração Pública praticados tanto por funcionários públicos como por particulares. Observa-se, portanto, que em todos os casos, independente do sujeito ativo do delito, o sujeito passivo principal será a Administração Pública, já que alguns afetam toda a sociedade, como naqueles em que ocorre desvio, apropriação ou furto de bens e valores públicos.

Ocorre que, há crimes que podem ser praticados por particulares sem, necessariamente, haver participação do funcionário público na conduta delituosa, como ocorre nos casos de desacato e resistência. Deste modo, nem todo crime contra Administração Pública será considerado crime funcional, pois, neste último caso, é necessária que haja a presença do funcionário público no polo ativo da infração penal, seja na condição de autor, coautor ou ainda partícipe. Dito isso, pode-se afirmar que os crimes funcionais são espécies do gênero no qual se enquadram todos os crimes contra a Administração Pública, sendo, portanto, direcionados à responsabilização dos agentes públicos infratores.

Assim, quando o sujeito ativo do tipo penal for um funcionário público, estaremos diante de um crime funcional ou *delicta in officio*, o qual poderá ser dividido em crimes funcionais próprios e impróprios.

Os crimes funcionais próprios são aqueles praticados exclusivamente por funcionários públicos, o que implica dizer que a ausência da qualidade de agente

público do sujeito ativo do delito enseja a atipicidade do fato, como ocorre no crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal⁴²⁸.

Já nas infrações impróprias, a existência do funcionário público é o requisito essencial para a sua classificação como crime funcional. Isso significa dizer que, havendo a retirada do agente público do polo ativo da conduta, o delito, que antes possuía natureza funcional, perde essa qualidade e passa a ser classificado como crime comum. Neste caso, podemos citar o crime de peculato, que sem a presença do funcionário público, passaria a ser tipificado como crime de apropriação indébita, previsto no artigo 168 do Código Penal.

Por fim, é importante esclarecer que os crimes funcionais não se restringem aos previstos no Título XI, da Parte Especial, uma vez que há outras legislações que preveem sobre responsabilização criminal dos agentes públicos em caso de descumprimento das normas, como já visto acima.

3.9.3. Concurso de Pessoas nos Crimes contra a Administração Pública.

O artigo 30 do Código Penal dispõe que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Considerando o disposto no referido artigo, conclui-se que as circunstâncias elementares são aquelas que interferem na adequação do fato ao tipo penal, ou seja, inexistente qualquer um desses elementos, não há o que se falar em perfeita adequação típica. Assim, é possível afirmar que um particular jamais poderá praticar um crime funcional sem a presença do funcionário público, uma vez que este é considerado circunstância elementar para a configuração dos referidos delitos.

⁴²⁸ Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Deste modo, não obstante o particular não possa ser responsabilizado sozinho pela prática de crimes funcionais, por força do que dispõe o artigo 30 do Código Penal, notadamente da sua parte final, que excepciona a comunicação das circunstâncias elementares do crime, é possível, em concurso de pessoas, que estes sejam responsabilizados pelo cometimento dos referidos crimes.

Sendo assim, em virtude do artigo 30 do Código Penal, o particular poderá ser considerado coautor ou partícipe de um crime funcional, sendo denominado, no contexto dos crimes contra a Administração Pública, de *extraneus*, enquanto o funcionário público é classificado como *intraneus*.

3.9.4. Conceito de Funcionário Público para Fins Penais.

De acordo com o artigo 327 do Código Penal, “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Inicialmente, verifica-se que, para fins penais, a legislação brasileira adota um conceito de funcionário público bem mais abrangente do que no âmbito do Direito Administrativo. Isso porque, ao conceituar o funcionário público passível de responsabilização pela prática de crime funcional, a lei busca abarcar qualquer indivíduo que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, esteja exercendo função pública, independente de este ocupar cargo ou emprego público, como é o caso dos mesários das eleições e jurados do tribunal do júri. Neste sentido, destaca-se o que elucida Rogério Greco ao dispor, em sua doutrina, que “o exercício de uma função pública, ou seja, aquela inerente aos serviços prestados pela Administração Pública, não pode ser confundido com múnus público, entendido como encargo ou ônus conferido pela lei e imposto pelo Estado em determinadas situações, a exemplo do que ocorre com os tutores, curadores etc”⁴²⁹.

⁴²⁹ GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume III*. Niterói/RJ: Impetus, 14ª edição, 2017.

Por oportuno, é importante esclarecer também a figura do “funcionário público equiparado” trazido no §1º, do artigo 327, do Código Penal. De acordo com o dispositivo em comento, “equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”. Nesta ocasião, o Código Penal adotou a teoria restritiva, ou seja, o conceito de funcionário público por equiparação só será aplicado para fins de enquadramento do sujeito ativo do crime.

Neste sentido, vale mencionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o advogado que, por força de convênio celebrado com o Poder Público, atua de forma remunerada em defesa dos agraciados com o benefício da Justiça Pública, deve ser considerado como funcionário público equiparado para fins penais⁴³⁰.

Além disso, o artigo 327, em seu §2º, ainda traz uma causa de aumento de pena, a ser valorada na terceira fase da dosimetria, nos casos em que os

⁴³⁰ PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PECULATO E CORRUPÇÃO PASSIVA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR MEIO DE CONVÊNIO, RECONHECIMENTO DE CONCURSO FORMAL E ATENUANTE DO ARTIGO 65, III, b, DO CÓDIGO PENAL. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO PELA AUSÊNCIA DE APROPRIAÇÃO. VIA INADEQUADA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CONCEITO PARA FINS PENAIIS. ADVOGADO CONTRATADO POR MEIO DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO E A OAB PARA ATUAR EM DEFESA DOS BENEFICIÁRIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. EQUIPARAÇÃO. TIPICIDADE RECONHECIDA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DO FATO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. LIMINAR CASSADA. [...] 4. "O advogado que, por força de convênio celebrado com o Poder Público, atua de forma remunerada em defesa dos agraciados com o benefício da Justiça Pública, enquadra-se no conceito de funcionário público para fins penais (Precedentes)" (REsp. n. 902.037/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 17/4/2007, DJ de 4/6/2007). Precedentes. Sendo equiparado a funcionário público, possível a adequação típica aos crimes previstos nos artigos 312 e 317 do Código Penal. 5. "É possível a valoração negativa da circunstância judicial da culpabilidade com base em elementos concretos e objetivos, constantes dos autos, que demonstrem que o comportamento da condenada é merecedor de maior reprovabilidade" (AgRg no AREsp. 781.997/PE, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, Dje 1º/2/2016). 6. O fato do agente se aproveitar da situação de vulnerabilidade emocional e psicológica da vítima para a prática do crime, é motivo idôneo para a valoração negativa de sua culpabilidade ante a maior reprovabilidade de sua conduta. 7. Habeas Corpus não conhecido. Cassada liminar anteriormente deferida. (HC 264.459/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016).

autores dos crimes forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

A presente causa de aumento se dá, principalmente, pela natureza do cargo ou função exercida. Isso porque, em todas as hipóteses mencionadas, o cargo ou a função são oriundos de uma nomeação de confiança, o que enseja uma maior reprovabilidade na conduta praticada pelo infrator. Pontua-se, ainda, que, tendo em vista a adoção da teoria restritiva para definição do funcionário público, a referida causa de aumento de pena só se dará nos casos em que este for o sujeito ativo do crime.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a causa de aumento de pena prevista no §2º do artigo 327 se aplica ao Chefe do Poder Executivo e aos agentes detentores de mandato eletivo⁴³¹. Todavia, para a Corte Suprema, o simples fato de o réu exercer um mandato popular não é o suficiente para fazer incidir a referida causa, sendo necessário, portanto, que este ocupe uma “imposição hierárquica”⁴³².

3.9.5. Rito Processual Especial dos Crimes Funcionais.

O processamento dos crimes funcionais dar-se-á através do rito especial estabelecido entre os artigos 513 e 518 do Código de Processo Penal.

De acordo com as disposições acima citadas, sobretudo do artigo 514 do referido diploma legal, “nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias”. Trata-se de fase preliminar na qual, antes de receber a denúncia, o juiz determina a notificação do acusado para que este apresente defesa preliminar. Assim, considerando que

⁴³¹ STF. Plenário. Inq 2606/MT, rel. Min. Luiz Fux, 4.9.2014 (Informativo 757) e STF. RHC 110513, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012.

⁴³² STF. Plenário. Inq 3983/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 2 e 3.2016 (Informativo 816).

todos os crimes funcionais são afiançáveis, para o Supremo Tribunal Federal (STF)⁴³³, o presente dispositivo deve ser sempre observado pelo magistrado.

Não obstante a posição acima exposta, o Superior Tribunal de Justiça, de modo contrário, editou a súmula n.º 330, que dispõe o seguinte: “*É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial.*”

Dito isso, presentes os requisitos para o recebimento da denúncia, após a observância do verbete supracitado ou do artigo 514, o processo penal segue o rito ordinário previsto para os demais crimes.

3.9.6. Independência das Instâncias Penal e Administrativa.

Em regra, as instâncias penal e administrativa são autônomas. Isso significa dizer que, mesmo havendo absolvição no âmbito criminal, o agente público ainda poderá ser penalizado no âmbito administrativo.

Ocorre que, tendo em vista os princípios que regem o Direito Penal, sobretudo os da fragmentariedade e da subsidiariedade, todo ilícito penal também será considerado ilícito administrativo. Deste modo, se há condenação

⁴³³ HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. OBRIGATORIEDADE DE DEFESA PRÉVIA. ART. 514 DO CPP. PACIENTE QUE NÃO MAIS EXERCIA O CARGO PÚBLICO À ÉPOCA DA DENÚNCIA. PECULIARIDADE QUE AFASTA A EXIGÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAR O EFETIVO PREJUÍZO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. ORDEM DENEGADA. I – A partir do julgamento do HC 85.779/RJ, passou-se a entender, nesta Corte, que é indispensável a defesa prévia nas hipóteses do art. 514 do Código de Processo Penal, mesmo quando a denúncia é lastreada em inquérito policial (Informativo 457/STF). II – A jurisprudência do STF, contudo, firmou-se no sentido de que o “procedimento especial previsto no artigo 514 do CPP não é de ser aplicado ao funcionário público que deixou de exercer a função na qual estava investido” (HC 95.402-ED/SP, Rel. Min. Eros Grau). III – Esta Corte decidiu, por diversas vezes, que a defesa preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal tem como objetivo evitar a propositura de ações penais temerárias contra funcionários públicos e, por isso, a sua falta constitui apenas nulidade relativa. IV – O entendimento deste Tribunal, de resto, é o de que para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Nesse sentido, o Tribunal tem reafirmado que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). V – Habeas corpus denegado. (HC 110361, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012).

na esfera criminal acerca de determinado fato, a discussão sobre a existência ou não do ilícito administrativo resta prejudicada, uma vez que, reconhecida a materialidade e a autoria da conduta criminosa, pressupõe-se que, no âmbito administrativo, o agente também deverá ser penalizado pelo ilícito previsto para determinada conduta.

Sendo assim, a independência das instâncias se torna relevante nos casos em que o ato praticado pelo agente público não seja considerado crime, uma vez que, ainda sim, este poderá ser responsabilizado no âmbito cível e administrativo.

Além disso, considerando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tanto na apuração dos crimes contra a administração pública, como nas infrações de natureza disciplina que possuam como sanção a demissão do servidor público, não é possível o reconhecimento do princípio da insignificância, pois em ambos os casos, a lesão ao bem jurídico protegido não poderá ser considerada de mínima reprovabilidade (Sumula n.º 599-STJ, aprovada em 20/11/2017 e STJ - MS 18.090/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 21/05/2013).

3.9.7. Efeitos da Condenação e Perda do Cargo Efetivo.

Em caso de condenação pela prática de crime funcional, o Magistrado deverá observar a previsão do artigo 92, inciso I, alínea "a", do Código Penal, a qual dispõe que: "São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública".

Trata-se de efeitos que recaem sobre todos os condenados pela prática de crimes contra a Administração Pública e cuja sentença tenha aplicado pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, devendo, o Juiz, ao prolatar a sentença, apresentar os motivos que fundamentaram a decisão. Desta forma, considerando o que prevê o parágrafo único do referido dispositivo, a perda do cargo não é efeito automático da condenação, devendo a decisão

criminal apresentar fundamentos específicos para a sua decretação. Trata-se da jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores⁴³⁴.

Por oportuno, deve-se registrar que, durante a execução da pena, o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais, nos termos do artigo 33, §4º, do Código Penal. Trata-se de condição a ser observada pelo juiz da execução, a qual, acertadamente, já teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal⁴³⁵.

Assim, além da perda do cargo, nos termos do artigo 92 do Código Penal, o condenado, em caso de progressão de regime, deverá comprovar a reparação

⁴³⁴ “ É pacífico o entendimento desta Corte Superior segundo o qual, embora a perda do cargo público não seja efeito automático da sentença, necessitando de fundamentação específica e concreta com essa finalidade, é suficiente, para tanto, a demonstração da incompatibilidade do crime com a atividade pública (STJ, AgRg nos EAg 1255260/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2019, DJe 30/04/2019). No mesmo sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. DOSIMETRIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE FAZ REMISSÃO AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUANTO AO DIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. MATÉRIA PREQUESTIONADA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO EXPRESSA E ESPECÍFICA. I - Na hipótese, havendo remissão expressa, no v. acórdão recorrido, aos fundamentos constantes da r. sentença condenatória quanto à dosimetria da pena-base, reputa-se prequestionada a matéria, autorizando o seu debate na via especial. II - Conforme entendimento pacificado nesta Corte Superior, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, prevista no art. 92, I, do Código Penal, não é efeito automático da condenação, de forma que a sua incidência demanda fundamentação expressa e específica, à exceção do crime de tortura, o que não é o caso dos autos. Agravo regimental desprovido., AgRg no REsp 1459396/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 21/10/2016).

⁴³⁵ Execução Penal. Progressão de Regime. Crime contra a Administração Pública. Devolução do produto do ilícito. 1. É constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito. 2. Tendo o acórdão condenatório fixado expressamente o valor a ser devolvido, não há como se afirmar não se tratar de quantia líquida. 3. A alegação de falta de recursos para devolver o dinheiro desviado não paralisa a incidência do art. 33, § 4º, do Código Penal. O sentenciado é devedor solidário do valor integral da condenação. 4. Na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas. 5. Agravo regimental desprovido. (EP 22 ProgReg-AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 17-03-2015 PUBLIC 18-03-2015).

do dano causado ao patrimônio público ou a devolução do produto do ilícito praticado.

3.9.8. Efeitos da Condenação nos Crimes Praticados por Deputados Federais e Senadores.

Dentro da análise dos efeitos da condenação criminal nos delitos praticados contra o patrimônio público, é imprescindível frisar a excepcionalidade trazida pelo regime jurídico aplicado aos parlamentares federais. Trata-se de direito oriundo das imunidades parlamentares previstas na Constituição Federal, que determina, de acordo com o artigo 55, §2º da Constituição Federal, que o Deputado ou Senador condenado criminal em sentença transitada em julgado só perderá o mandato eletivo caso seja decido pela Câmara de Deputados ou o Senado Federal, por maioria absoluta, sendo observado o direito à ampla defesa do condenado.

A grande polêmica envolvendo o referido dispositivo diz respeito aos demais comandos constitucionais que, ao tratarem sobre as condições de elegibilidade e, conseqüentemente, de permanência no cargo eletivo, preveem como requisito indispensável para desempenhá-lo, o pleno exercício dos direitos políticos, conforme estabelece o artigo 14, § 3º, inciso II, da Constituição Federal. Alinhando-se ao referido dispositivo, o artigo 15 do mesmo diploma, em seu inciso III, ainda prevê como causa de suspensão dos direitos políticos a condenação criminal transitada em julgada. Desta forma, em uma análise conjugada dos dispositivos mencionados com o artigo 92 do Código Penal, é possível concluir que, em regra, a condenação criminal transitada em julgado é causa de perda automática do mandato do agente político eleito.

Assim, após o breve esclarecimento, resta-nos analisar a seguinte indagação: é possível que a condenação criminal transitada em julgada enseje, por si só, a perda automática do mandato eletivo do Deputado Federal ou do Senador?

A grande controvérsia que paira nesta questão gira em torno da aplicação do artigo 55, §2º como excepcionalidade ou não à regra do artigo 15, inciso III,

da Constituição Federal. Neste sentido, considerando os inúmeros casos de corrupção envolvendo agentes políticos nos últimos anos, sobretudo os enquadrados na “Operação Lava Jato”, marco histórico para o combate à corrupção do nosso país, o Supremo Tribunal Federal (STF), por diversas vezes, teve oportunidade de analisar casos envolvendo a controvérsia, não havendo, até a presente data, consenso entre as suas Turmas acerca do impasse jurídico.

Para a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a perda do cargo depende do regime de cumprimento da pena estabelecido na sentença. Desta forma, nos casos de condenação em regime aberto ou semiaberto, caberá à Casa Legislativa determinar a perda ou não do cargo, nos termos do artigo 55, §2º da Constituição Federal. No entendimento adotado por esta Turma, considerando-se a possibilidade de autorização para o trabalho externo, o parlamentar não estaria restringido de exercer o seu mandato eletivo, cabendo, portanto, à sua Casa Legislativa decidir se este deve permanecer ou não ocupando o cargo.

O mesmo não acontecerá nos casos em que o Deputado ou Senador for condenado a mais de 120 dias em regime fechado. Isso porque, nesta situação, a perda do mandato é consequência lógica do cumprimento da pena, devendo a sua respectiva Casa apenas declara-la, já que, em virtude da impossibilidade de comparecimento ao limite máximo de sessões ordinárias permitidas na sessão legislativa, nos termos do artigo 55, inciso III, do texto constitucional, o parlamentar teria o seu mandato eletivo prejudicado. É imprescindível destacar que, nesta ocasião, não há deliberação da Casa sobre a perda, logo, se ficar comprovada a ausência do parlamentar a 1/3 das sessões ordinárias, deverá ser decreta a perda do seu cargo político⁴³⁶.

⁴³⁶ Nesse sentido, conferir: DEPUTADO FEDERAL. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. QUADRILHA E CRIMES LICITATÓRIOS. PRESCRIÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ATIPICIDADE. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. COLABORAÇÃO PREMIADA. CORROBORAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. [...] 7. Perda do mandato parlamentar: É da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do Congressista condenado criminalmente (artigo 55, VI e § 2º, da CF). Regra excepcionada – adoção, no ponto, da tese proposta pelo eminente revisor, Ministro Luís Roberto Barroso –, quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte. Hipótese de perda automática

Já a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal entende que o artigo 55, §2º, excepciona por completo a regra da perda do mandato para os casos de condenação criminal transitada em julgado. Isso significa dizer que, mesmos nos casos de cumprimento da pena em regime fechado, para que seja decretada a perda do mandato eletivo, é imprescindível que haja a deliberação da respectiva Casa do parlamentar, conforme estabelecido na referida norma⁴³⁷. Para a Turma, o artigo 55, §2º é norma especial que excepciona a regra geral prevista no artigo 15, inciso III, fato que deve ser sempre observado quando a condenação recair sobre parlamentar federal.

Ressalta-se, por fim, que há uma terceira corrente que defende que a condenação do Deputado ou Senador pode sim, por si só, ensejar a perda do seu mandato. Os adeptos desse entendimento defendem essa possibilidade para os casos em que a decisão condenatória, com base no disposto no artigo 92, inciso I, do Código Penal, decreta como efeitos da condenação, a perda do mandato eletivo do parlamentar federal. Assim, o procedimento adotado pela Constituição Federal em seu artigo 55 estaria restrito aos casos em que a perda se dá por decisão política do Poder Legislativo em eventual julgamento, não se aplicando às decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Portanto, após as devidas considerações e para melhor compreensão das correntes relacionadas aos efeitos da condenação criminal dos Deputados Federais e Senadores, segue quadro comparativo sobre as principais diferenças entre cada um dos entendimentos:

QUADRO COMPARATIVO

do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade com o artigo 55, III, § 3º, da CF. Precedente: MC no MS 32.326/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 02.9.2013. 8. Suspensão dos direitos políticos do condenado quando do trânsito em julgado da condenação (art. 15, III, da CF). (STF, AP 694, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 30-08-2017 PUBLIC 31-08-2017).

⁴³⁷ AP 996, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 07-02-2019 PUBLIC 08-02-2019.

PRIMEIRA CORRENTE (1ª TURMA DO STF)		SEGUNDA CORRENTE (2ª TURMA DO STF)	TERCEIRA CORRENTE (STF - MENSALÃO)
Condenação em Regime Aberto ou Semiaberto	Aplica-se o artigo 55, §2º da Constituição Federal e a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.	Em qualquer hipótese de cumprimento da pena, em virtude da excepcionalidade constitucional, aplica-se o artigo 55, §2º da Constituição Federal e a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.	Quando a decisão condenatória aplicar os efeitos previstos no artigo 92, inciso I, do Código Penal, a perda do mandato eletivo é automática, pois o procedimento previsto no artigo 55, §2º, da Constituição Federal se restringe às decisões de natureza política emanadas pelo Poder Legislativo, não atingindo as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.
Condenação em Regime Fechado acima de 120 dias	A Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa, declarará a perda do mandato eletivo do parlamentar que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte (120 dias) das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada.		

3.10. Crimes Licitatórios.

A Lei das Licitações (Lei Federal nº 8.666/1993), entre os artigos 89 e 108, traz as disposições penais e processuais penais atinentes às contratações públicas.

De início, deve-se destacar que as fraudes nos certames licitatórios representam, de longa data, umas das principais formas de desvio do dinheiro público, servindo como fonte de abastecimento ilícito das campanhas eleitorais (“caixa 2”) e enriquecimento ilícito de agentes públicos dos mais variados níveis hierárquicos – começando pelo Chefe da unidade licitante, passando pela comissão de licitação e chegando no fiscal da obra ou serviço) e empresários inescrupulosos que se associam com aqueles para tal fim.

Tal contexto revela a gravidade desse tipo de corrupção⁴³⁸, muito embora a legislação que tipifica os crimes licitatórios seja demasiadamente benevolente com os infratores. Senão, vejamos:

I – Em primeiro lugar, citamos o fato dos tipos elencados entre os artigos 89 e 98 terem penas muito baixas⁴³⁹, à exceção dos artigos 89 e 96, o que

⁴³⁸ Tamanha é a importância de um efetivo combate à corrupção nas contratações públicas que a Convenção de Mérida, em seu artigo 9º, estabelece que “cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção.”

⁴³⁹ Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público. Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei. Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais. Art. 93. Impedir,

inviabiliza, a priori, a decretação da prisão preventiva quando praticados de maneira isolada, já que não cumprido o primeiro dos requisitos exigidos pelo artigo 313, do Código de Processo Penal⁴⁴⁰.

Assim, apenas nos casos de concursos de crimes licitatórios, ou quando executados tais delitos em associação criminosa ou mediante organização

perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo. Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa. Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo. Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida. Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III - entregando uma mercadoria por outra; IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato. Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração. Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

⁴⁴⁰ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

criminosa é que seria possível esse tipo de medida extrema⁴⁴¹, desde que observado o princípio da contemporaneidade⁴⁴².

Diferente, contudo, é a hipótese do concurso com outros crimes mais graves ou mediante a comprovação de que os investigados/denunciados por esses crimes tumultuam a produção de provas, tentam ocultar o produto do crime (via de regra, via lavagem de dinheiro) ou tentam se evadir do país, já que presentes estariam os requisitos de garantia da aplicação da lei penal e da ordem pública.

⁴⁴¹ PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, PECULATO, FALSIDADE IDEOLÓGICA, CORRUPÇÃO PASSIVA, LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES. INAPLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. 2. No caso em exame, a prisão preventiva do recorrente está suficientemente fundamentada no modus operandi empregado na empreitada delituosa, pois ele é apontado como integrante de organização criminosa voltada para a prática de delitos diversos, através de fraudes em procedimentos licitatórios e de contratação de parentes sem concurso público, movimentando astronômicas quantias em dinheiro (mais de R\$ 6.000.000,00), sendo apontado como um dos chefes da organização. Tais circunstâncias evidenciam o grau de periculosidade do recorrente e justificam sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, inclusive como forma de evitar a reiteração delitiva. 3. "A custódia cautelar visando a garantia da ordem pública legitima-se quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa" (RHC 122.182, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014). 4. É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta da conduta delituosa e a periculosidade da recorrente indicam que a ordem pública não estaria acautelada com sua soltura. 5. Recurso em habeas corpus não provido. (RHC 109.463/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 21/05/2019).

⁴⁴² PEDIDO DE EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS. PECULATO E CRIMES CONTRA A LICITAÇÃO COMETIDOS, EM TESE, ATÉ 2015. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE CONTEMPORANEIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. PEDIDOS DEFERIDOS. 1. A teor do art. 580 do CPP, na hipótese de concurso de agentes, a decisão que beneficiar um deles, se fundada em motivos objetivos, aproveitará aos outros. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a urgência intrínseca às cautelares exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende evitar com a prisão processual. 3. Constatadas a motivação objetiva do acórdão da Sexta Turma e a similitude das situações do paciente e dos requerentes, que, num mesmo contexto criminoso, também foram denunciados por crimes de peculato e fraudes a licitações cometidos até 2015, sem a indicação de fatos novos para evidenciar a atualidade do risco de reiteração delitiva, é de rigor o reconhecimento do direito de extensão. 4. Pedidos de extensão deferidos para, ratificada a liminar, conceder aos requerentes o direito de aguardar em liberdade o julgamento da ação penal, ressalvada a possibilidade de nova decretação da prisão preventiva caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos recentes que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. (STJ, PExt no HC 442.954/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 19/11/2018).

II – Além disso, essas modalidades delitivas não constam do rol da Lei nº7.960/1989, de modo que também resta impossibilitada a decretação da prisão temporária nesses casos de maneira isolada.

III – Também merece destaque o fato de todos eles serem apenados com detenção, o que inviabiliza o uso da interceptação telefônica como meio de prova, já que a Lei nº9.296/1996 apenas permite esse procedimento no caso dos crimes punidos com reclusão.

IV – Por fim, destacamos que esses crimes, como ocorre com todos os demais delitos de corrupção, não figuram na lista dos hediondos.

V - Para completar esse estado de leniência legislativa com os delitos sob estudo, cabe frisar o indevido ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao firmarem posição jurisprudencial no sentido de exigir especial fim de agir para os tipos do artigo 89 (dispensa indevida de licitação)⁴⁴³ e 92 (modificação, alteração ou prorrogação contratual contra a lei)⁴⁴⁴ quando a lei não o fez expressamente (a simples leitura do artigo 90 deixa muito claro que o legislador, quando quis, deixou essa elementar bem clara, não sendo lícito ao Poder Judiciário fazê-lo, sob pena de substituir-se ao legislador em clara violação ao princípio da separação dos poderes). Esse é o posicionamento da doutrina majoritária⁴⁴⁵ e que reputamos o mais correto.

⁴⁴³ “A orientação do Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento da APn n. 480/MG, em 29 de março de 2012, acompanhando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que a consumação do crime descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 demanda a demonstração de dolo específico, ou seja, da intenção do agente de causar dano ao erário e da efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. Precedentes.” (AgRg no HC 404.854/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018).

⁴⁴⁴ “Esta Corte Superior entende que a configuração do delito do art. 92 da Lei n. 8.666/1993 depende da demonstração do dolo específico do agente e da ocorrência de prejuízo ao erário.” (STJ, AgRg no REsp 1360216/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 11/03/2015).

⁴⁴⁵ “Com propriedade, ensina Alaor Leite: ‘ocorre que essa interpretação, de que o prejuízo econômico é de se exigir, afasta-se em muito da redação do tipo. Não há nenhum indício, a partir do sentido literal possível, de que o tipo exija um prejuízo concreto à Administração Pública e, como já se sabe, o ponto de partida da interpretação é a redação do tipo, e não a referência ao bem jurídico protegido. Estamos diante de um caso em que, com muita evidência, a jurisprudência criou, sem se apoiar na decisão do legislador, um requisito típico, fato que não pode ser negado apenas pela circunstância de que essa exigência se reverte, primariamente, em favor do acusado. Pode-se criticar, sem dúvida, a redação um tanto lacônica do legislador,

VI - Quanto à responsabilização dos gestores públicos do alto escalão, deve-se sempre demonstrar a sua participação (ativa ou passiva) nesses delitos, sendo vedada a sua inclusão no polo passivo da demanda pela sua simples condição funcional.⁴⁴⁶

VII - Diferente, contudo, é a posição dos membros da Comissão de Licitação, uma vez que a lei considera esse órgão colegiado um todo, devendo o membro que eventualmente discordar das decisões tomadas consignar em ata isso, sob pena de ser responsabilizado solidariamente com os demais⁴⁴⁷. Isso ocorre, principalmente, nas hipóteses em que tais agentes ratificam ou

mas introduzir inauguralmente um requisito típico, sem que sejam oferecidas fortíssimas razões jurídicas, não é permitido ao juiz.' Vicente Greco Filho defende que se trata de 'crime de perigo abstrato, ou seja, não se indaga se o contrato celebrado ou a ser celebrado com a Administração venha a causar-lhe prejuízo. O contrato pode ser necessário e adequado. A incriminação está na dispensa ou inexigibilidade da licitação, independente de prejuízo.' Realmente, parece ser a melhor exegese. O tipo penal dispensa o resultado naturalístico de modo que a conduta, mesmo que não implique prejuízo financeiro ou economicamente mensurável, fere valores da atuação administrativa e o dever de probidade do administrador." (DO Ó SOUSA, Renee. *Licitações – Lei 8.666/1993, in Leis Penais Especiais comentadas artigo por artigo* - Coord. Rogério Sanches Cunha; Ronaldo Batista Pinto; Renee do Ó Sousa. Salvador: 2019, 2ª edição, p.993).

⁴⁴⁶ Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF): "(iii) os indícios que serviram de fundamento à denúncia não lograram indicar, nem mesmo minimamente, a participação ou conhecimento dos fatos supostamente ilícitos pelo ex-Prefeito e atual detentor da prerrogativa de foro perante esta Corte, além de não obedecerem à ritualística procedimental prevista no Código de Processo Penal para a instauração do inquérito policial; (iv) a absoluta ausência de descrição do liame subjetivo entre o então Prefeito e a empresa contratada, somada ao parecer jurídico favorável à homologação da licitação e às indicações de que, no curso da execução do contrato, a própria Administração Pública recusou o pagamento de notas fiscais emitidas pelo suposto beneficiário sem comprovação da entrega dos bens nelas listados, são circunstâncias que ilidem o dolo e a participação do ex-Prefeito na prática criminosa; (v) ressoa inequívoco, da leitura dos autos, que o então Prefeito foi incluído entre os acusados em razão, unicamente, da função pública hierarquicamente superior que então ocupava, sem indicação mínima de sua participação em prática ilícita, em conluio com os demais envolvidos, evidenciando-se, assim, a violação à responsabilidade penal subjetiva, cuja demonstração repele a responsabilidade presumida, em contraposição à responsabilidade objetiva, objurgada em matéria penal; (vi) A mera subordinação hierárquica de agentes públicos ou servidores municipais não implica a automática responsabilização criminal do Prefeito. Noutros termos: não se pode presumir a responsabilidade criminal do Prefeito, simplesmente com apoio em "ouvir dizer" das testemunhas; sabido que o nosso sistema jurídico penal não admite a culpa por presunção (AP 447, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, maioria, j. 18/02/2009, DJe 28/05/2009). 5. Concessão de ordem de habeas corpus para determinar o imediato trancamento da ação penal quanto ao réu detentor de prerrogativa de foro junto a esta Corte, tendo em vista a ausência de justa causa e a inépcia da denúncia quanto à individualização da sua conduta na prática em tese, criminosa." (AP 912, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017).

⁴⁴⁷ É o que dispõe o artigo 51, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*: "Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão."

chancelam procedimentos montados por terceiros, ou quando eles próprios produzem a fraude, apondo suas assinaturas como se o mesmo tivesse percorrido todo o trâmite legal.⁴⁴⁸

Sobre os aspectos processuais, algumas notas merecem destaque:

I - A prática desses crimes, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo. É o que dispõe o artigo 83 da lei, que traz, nesse ponto, um efeito extrapenal (administrativo), cuja atribuição é do superior hierárquico, não se confundido, pois, com o efeito penal de que trata o artigo 92, do Código Penal.

II – A ação penal segue a regra geral do sistema brasileiro no sentido de ser pública incondicionada (artigo 100), sendo, porém, expressamente permitida a ação penal privada subsidiária da pública (artigo 103).

III – Sendo os crimes licitatórios, via de regra, fruto da ação de várias pessoas, é possível que a denúncia seja geral (e não genérica), isto é, que

⁴⁴⁸ PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO MEDIANTE PRÉVIO AJUSTE (LEI 8.666/1993, ART. 90). REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. INEXISTÊNCIA. 1. Os pacientes respondem pela prática do crime descrito no art. 90 da Lei 8.666/1993. No presente writ a defesa alega a inépcia da denúncia por ausência de individualização da conduta e falta do elemento subjetivo. Buscam o trancamento da ação penal. 2. No caso, a peça inicial preenche os requisitos do art. 41 do CPP, porquanto descreve detalhadamente, de maneira individualizada, os elementos essenciais das condutas dos réus de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório e chancelar sem ressalvas os procedimentos licitatórios, bem como sua tipificação, de modo a viabilizar a persecução penal e o contraditório. Não se trata, pois, de denúncia vaga, imprecisa, pois permite a defesa adequada dos pacientes, como, aliás, de fato se defenderam. 3. Relativamente à existência, ou não, de dolo na conduta praticada pelos pacientes, a questão tem a ver, ao menos nesse primeiro exame, com as provas a serem produzidas nos autos, conforme se depreende da leitura do acórdão impugnado. 4. O julgamento da comissão licitatória é colegiado, por conseguinte, os atos por ela praticados devem ser imputados a todos seus membros, salvo se o integrante vencido consignar sua posição divergente de maneira fundamentada e registrada na reunião em que houver sido tomada a decisão, consoante norma extraída do art. 51, § 3º, da Lei 8.666/1993. 5. É entendimento do STJ ser possível, excepcionalmente, o trancamento do inquérito policial ou de ação penal, nas hipóteses em que se constata, sem o revolvimento de matéria fático-probatória, a extinção da punibilidade por inépcia e ausência de elemento subjetivo, o que não se observa no presente caso. Precedentes. 6. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 208.437/GO, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 21/03/2016).

se aponte de alguma forma, ainda que sutil, a relação entre a conduta do denunciado e o fato criminoso, sob pena de inépcia.⁴⁴⁹

Assim, no caso dos sócios, essa simples condição societária não pode subsidiar eventual denúncia contra si, sendo preciso algum liame subjetivo com o fato, pois, do contrário, estar-se-ia diante de responsabilidade penal objetiva.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ Foi como decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ): “2. A denúncia genérica não se confunde com a denúncia geral, não sendo aquela admitida pelo direito pátrio, sendo possível, entretanto, nos casos de crimes societários e de autoria coletiva, a denúncia geral, ou seja, aquela que, apesar de não detalhar minudentemente as ações imputadas ao denunciado, demonstra, ainda que de maneira sutil, a ligação entre sua conduta e o fato delitivo. 3. No crime de autoria coletiva, não se exige uma individualização pormenorizada das condutas dos denunciados, contudo, imprescindível, sob pena de inépcia formal da exordial acusatória, que seja descrita a forma pela qual aquele agente concorreu para a ocorrência do fato delituoso, ou seja, deve-se demonstrar um mínimo de vínculo entre o acusado e o crime a ele imputado (RHC 73.096/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 02/10/2017), sob pena de responsabilidade penal objetiva e ofensa ao princípio da ampla defesa. Em crimes societários ou de autoria coletiva, a análise das condutas deve ser realizada levando-se em consideração o conjunto da peça acusatória e dos comportamentos ali contidos. 4. O crime previsto no artigo 90 da Lei de Licitações, “não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório” (REsp n. 1.498.982/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., DJe 18/04/2016). Necessário que a denúncia descrevesse a forma pela qual o recorrente teria, de qualquer modo, concorrido para a frustração ou fraude do caráter competitivo da licitação, o que, todavia, não ocorreria. 5. O delito tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993, pune a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, sendo, conforme entendimento desta Corte, crime material que exige para a sua consumação a demonstração, ao menos em tese, do dolo específico de causar dano ao erário, bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública, devendo tais elementos estarem descritos na denúncia, sob pena de ser considerada inepta (RHC 87.389/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017). Necessário que a denúncia descrevesse a forma pela qual o recorrente teria, de qualquer modo, concorrido para a dispensa indevida de licitação, bem como seu dolo específico em causar prejuízo ao erário público e o efetivo prejuízo à Administração Pública, o que, todavia, não ocorreria. 6. O crime previsto no artigo 96, I, da Lei n. 8.666/1993, pune a conduta de fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços. A conduta de fraudar consiste no ato de iludir, induzir, manter em erro ou enganar, exigindo-se, na denúncia, que seja descrita a conduta do agente que tenha, de qualquer modo, concorrido para a prática de tais atos, colaborando para o efetivo prejuízo aos cofres públicos com a elevação arbitrária dos preços. 7. Para além da aptidão formal da denúncia, devem estar igualmente presentes as condições da ação, pressupostos processuais e justa causa para o prosseguimento da ação penal, ou seja, que estejam presentes indícios probatórios mínimos quanto à autoria e materialidade delitiva em compatibilidade com a imputação constante da exordial acusatória, o que não se verificou quanto ao crime previsto no artigo 96, I, da Lei n. 8.666/93.” (RHC 74.812/MA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Rel. p/ Acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 04/12/2017).

⁴⁵⁰ “2. Denúncia. Oferecimento contra apenas um dos sócios da empresa contratada. Alegação de ofensa ao art. 48 do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que os demais sócios também auferiram proveito. Descabimento. Hipótese em que o denunciado foi o único

IV – Apesar dos artigos 104 e 105 trazerem disposições especiais quanto ao interrogatório do réu como o primeiro ato da instrução processual, deve-se notar que isso não prevalece à luz do rito comum (artigo 400, do Código de Processo Penal), segundo o qual tal ato deve ser o último. Essa, inclusive, é a posição de toda a doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴⁵¹.

V – Por fim, cabe mencionar que a “decisão do Tribunal de Contas da União não constitui condição de procedibilidade de crimes de fraude à licitação e quadrilha. Pelo princípio da independência das instâncias, é possível que a existência do fato alegadamente delituoso e a identificação da respectiva autoria se definam na esfera penal sem vinculação com a instância de controle exercida pelos Tribunais de Contas”, de modo que “a circunstância de o Tribunal de Contas aprovar contas a ele submetidas não obsta a persecução penal promovida pelo Ministério Público e a responsabilização penal dos agentes envolvidos em delitos de malversação de dinheiro público. Admitir-se o contrário, importaria em subtrair à jurisdição do Poder Judiciário o julgamento de crimes, ficando essa atribuição afeta a órgãos que apenas detêm competência político-administrativa.”⁴⁵²

3.11. Crime de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores (“Lavagem de Dinheiro” ou Branqueamento de Capitais).

O delito de “lavagem de dinheiro” (também chamado mundo a fora de branqueamento de capitais) está rotulado legalmente no Brasil pela Lei Federal

representante da contratada que assinou o contrato vergastado e que, em tese, comprovadamente concorreu para a consumação da ilegalidade (art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Denúncia contra os demais sócios da empresa pelo só fato de ostentarem essa condição, o que implicaria responsabilidade objetiva, vedada pelo direito penal. Princípio da indivisibilidade da ação penal, ademais, que não se aplica à ação penal pública. Precedentes.” (STF, (AP 560, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 10-09-2015 PUBLIC 11-09-2015).

⁴⁵¹ “A norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.” (HC 127900, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016).

⁴⁵² STF, AP 565, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 22-05-2014 PUBLIC 23-05-2014.

nº9.613/1998⁴⁵³ como “lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores”. Esse tipo de crime, hoje associado a boa parte dos casos de corrupção na Administração Pública com reflexos até no processo eleitoral, foi concebido originalmente para a repressão à criminalidade organizada envolvendo o tráfico ilícito de drogas, o que deu origem a diversos instrumentos convencionais à nível global, dentre os quais se destaca a Convenção de Viena, em 1988.

A ideia geral para a criação dessa modalidade penal surgiu a partir da constatação de que, na maioria dos casos, os agentes envolvidos com o tráfico de drogas tentavam ocultar ou dissimular a natureza ilícita da origem do dinheiro do tráfico, movimentando-o posteriormente em diversas atividades econômico-financeiras com ares de legalidade.

Ocorre que a organização do crime nos mais variados setores da vida social fez com que a lavagem também fosse utilizada para ocultar e dissimular o dinheiro ilícito decorrente de outros delitos, o redundou em um segundo momento legislativo, no qual as leis que trataram do assunto deixaram de condicionar a sua incidência ao comércio ilícito de substâncias entorpecentes para adicionar outras modalidades criminosas. Por fim, surgiram os diplomas que exigiam apenas que a lavagem estivesse associada aos indícios da prática de qualquer tipo de infração penal, sem especificá-las em rol taxativo preliminar. À essa tríplice evolução histórica das leis que tratam do enfrentamento à lavagem de dinheiro, denomina-se primeira, segunda e terceira geração de leis antilavagem ⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Com as modificações promovidas pela Lei Federal nº12.683/2012.

⁴⁵⁴ “Do histórico acima, podemos concluir que a Lei de Lavagem de Capitais e Valores surgiu inicialmente para punir a lavagem dos ganhos provenientes do crime de tráfico de drogas. Diversas leis a respeito da matéria, entretanto, sucederam-se no tempo, tratando-a de forma mais ampla. Nessa linha de pensamento, podemos pensar em leis de primeira, segunda e terceira gerações. As leis de primeira geração são aquelas em que somente se pune a lavagem do dinheiro proveniente do tráfico de drogas. As de segunda geração, a seu turno, punem a lavagem de dinheiro proveniente do crime de tráfico e dos conexos. É o que ocorre, por exemplo, com as leis da Espanha, Portugal e Alemanha. Vale, contudo, pontuar a existência de entendimento no sentido de que as leis de lavagem de dinheiro de segunda geração seriam aquelas em que o legislador trouxesse um rol taxativo de crimes, que incluiria o tráfico e outros como antecedentes da lavagem de capitais. Se adotarmos essa definição, com a qual não concordamos, a nossa lei poderia, antes das alterações provocadas pela Lei nº12.683/2012, ser classificada como sendo lei de segunda geração. As de terceira geração punem a lavagem de recursos provenientes de qualquer crime. (PALERMO FERREIRA, Wilson Luiz;

Foi o que ocorreu no caso brasileiro, em que o artigo 1º do diploma regulador, desde 2012, diz que é crime “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”, sem qualquer menção restritiva ao tipo delitivo (se crime ou contravenção penal).

Não bastasse isso, deve-se registrar que a lei brasileira é extremamente expansiva, na medida em que tipificou como lavagem as seguintes condutas: I - quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, os converte em ativos lícitos; os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros; IV - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; V - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei (Vide §§1º e 2º, do artigo 1º, da Lei nº9.613/1998).

Ademais, a tentativa é perfeitamente possível (§3º) e a pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos na lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa (§4º).

Do exposto acima, percebe-se que a lavagem de dinheiro é crime que pressupõe uma infração anterior, embora não dependa a sua caracterização da comprovação e condenação daquele⁴⁵⁵, sendo, por isso, apontado como

PORTOCARRERO, Cláudia Barros. *Leis (...)*, p.464-465).

⁴⁵⁵ “1. Da leitura do artigo 1º da Lei 9.613/1998, depreende-se que para que o delito de lavagem de capitais reste configurado, é necessário que o dinheiro, bens ou valores ocultados ou dissimulados sejam provenientes de algum dos ilícitos nele arrolados, ou seja, no tipo penal há expressa vinculação entre a lavagem de dinheiro a determinados crimes a ela anteriores. 2. Contudo, o artigo 2º, inciso II e § 1º, do mesmo diploma legal, dispõe que a apuração do delito em comento independe do “processo e julgamento dos crimes antecedentes”, devendo a denúncia ser “instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime”. 3. Desse modo, a simples existência de indícios da prática de algum dos crimes previstos no artigo 1º da Lei 9.613/1998 já autoriza a instauração de ação penal para apurar a ocorrência do delito de lavagem de dinheiro, não sendo necessária a prévia punição dos autores do ilícito antecedente. Doutrina. Precedentes. 4. No caso dos autos, na mesma denúncia imputou-se ao paciente e demais corréus tanto a prática dos delitos antecedentes à lavagem de capitais, quanto ela própria. 5. Contudo, o paciente teve extinta a sua punibilidade no que se refere aos crimes

“parasitário” e autônomo, o que fica muito claro da leitura do artigo 2º, II, da Lei nº9.613/1998⁴⁵⁶.

Não bastasse isso, merece destaque que a lei, no §1º do artigo 2º, expressamente, consigna que “a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente⁴⁵⁷, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.”

Assim sendo, pode-se concluir que, dada a autonomia do tipo de lavagem em relação aos delitos antecedentes, é plenamente possível que exista uma investigação e posterior processo só com relação àquele.

anteriores à lavagem, ante a prescrição da pretensão punitiva estatal, circunstância que, segundo os impetrantes, impediria o Ministério Público de provar que ele teria auferido recursos provenientes de atividades ilícitas. 6. Ocorre que os crimes contra o sistema financeiro nacional a partir dos quais teriam sido obtidos os bens, valores e direitos cuja origem e propriedade teria sido ocultada e dissimulada, não foram atribuídos apenas ao paciente, mas também aos demais sócios da offshore supostamente utilizada para a abertura e movimentação de diversas contas correntes no exterior. 7. Dessa forma, ainda que o órgão ministerial jamais possa provar que o paciente cometeu os delitos dispostos nos artigos 4º, 16, 21 e 22 da Lei 7.492/1986, o certo é que há indícios de que tais ilícitos teriam sido praticados pelos demais corréus, circunstância que evidencia a legalidade da manutenção da ação penal contra ele deflagrada para apurar o cometimento do crime de lavagem de capitais. 8. Aliás, se própria Lei 9.613/1998 permite a punição dos fatos nela previstos ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime antecedente, é evidente que a extinção da punibilidade pela prescrição de um dos coautores dos delitos acessórios ao de lavagem não tem o condão de inviabilizar a persecução penal no tocante a este último ilícito penal. 9. É dispensável a participação do acusado da lavagem de dinheiro nos crimes a ela antecedentes, sendo suficiente que ele tenha conhecimento da ilicitude dos valores, bens ou direitos cuja origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade tenha sido ocultada ou dissimulada. Precedentes. 10. Havendo indícios da prática de crimes contra o sistema financeiro nacional pelos corréus na ação penal em apreço, a partir dos quais teriam sido obtidos valores e bens cuja origem e propriedade teria sido ocultada e dissimulada pelo ora paciente, impossível reconhecer-se a atipicidade do delito de lavagem de dinheiro que lhe foi imputado e, por conseguinte, inviável o trancamento da ação penal contra ele deflagrada. 11. Ordem denegada. (STJ, HC 207.936/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 12/04/2012).

⁴⁵⁶ Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento;

⁴⁵⁷ Fala-se, em doutrina, que a denúncia do crime de lavagem reclama a presença de “justa causa duplicada”, pois é preciso comprovar os indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas da infração penal antecedente à lavagem de dinheiro, bem como ao tipo da Lei nº9.613/1998.

Assim, o julgamento do crime antecedente só irá repercutir na lavagem se houver sido declarada a absolvição do réu pela inexistência do fato ou atipicidade da conduta, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴⁵⁸.

Pois bem, feita essa breve apresentação do crime de lavagem, cumpre-nos trazer algumas questões procedimentais extremamente importantes.

I – Em primeiro lugar, por força do artigo 2º, §2º, não se aplica aos crimes de lavagem não se aplica o disposto no art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.

II – Já o artigo 4º dispõe que “o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.”

É de se notar que, no silêncio da lei, o prazo de validade das medidas cautelares referidas é de 60 (sessenta) dias, a contar do seu efetivo cumprimento, o que significa dizer que a denúncia deve ser apresentada

⁴⁵⁸ “1. Embora tenham duas das denúncias tipificado a conduta criminosa antecedente no art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.137/90, a descrição fática claramente imputa não somente o formal descumprimento do correto registro de venda mas a efetiva sonegação tributária, crime material a exigir na materialidade a constituição definitiva do tributo - Súmula Vinculante nº 24 do STF. 2. Embora independa a persecução pelo crime de lavagem de valores do processo e julgamento pelo crime antecedente, na forma do art. 2º, II, da Lei nº 9613/1998, exigido é que a denúncia seja instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente (art. 2º, § 1º, da Lei nº 9613/1998, com redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012). 3. Na espécie sequer se discute a falta de prova do crime antecedente, mas, ao contrário, certa é a inexistência do crime, pois indispensável à configuração do delito de sonegação tributária é a prévia constituição definitiva do tributo. 4. Sem crime antecedente, resta configurado o constrangimento ilegal na persecução criminal por lavagem de dinheiro. 5. Recurso em habeas corpus provido para determinar o trancamento das ações penais, sem prejuízo do oferecimento de novas denúncias, desde que demonstrada a materialidade delitiva do delito antecedente. (RHC 73.599/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016).

nesse prazo⁴⁵⁹. Excepcionalmente, porém, a jurisprudência tem permitido a flexibilização desse prazo em casos complexos e desde que não haja inércia injustificada do órgão acusatório⁴⁶⁰.

No tocante à liberação dos bens apreendidos, a lei brasileira, seguindo a tendência internacional⁴⁶¹, sufragou uma inversão do ônus da prova, de modo que a pessoa requerente da liberação precisa comprovar a licitude da sua origem. Além disso, exigiu comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa para que o pedido seja conhecido.

III – Admite-se, ainda, a utilização cautelar de bens apreendidos, alienação antecipada de bens (artigo 3º, §1º c/c artigo 4º-A.

⁴⁵⁹ Vide, nesse sentido, o artigo 131, I, do Código de Processo Penal.

⁴⁶⁰ Nesse sentido, conferir os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ): AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL PENAL. SEQUESTRO DE BENS DE EMPRESA CUJOS SÓCIOS FORAM INDICIADOS POR CRIMES DOS QUAIS RESULTA PREJUÍZO PARA A FAZENDA PÚBLICA. CONSTRIÇÃO FUNDAMENTADA NO DECRETO-LEI N.º 3.240/41. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DO PRAZO PARA AJUIZAR A AÇÃO PENAL CORRELATA À DECRETAÇÃO DO SEQUESTRO DE BENS. LAPSO TEMPORAL EXTRAPOLADO EM APENAS 1 (UM) DIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. COMPLEXIDADE DA CAUSA. PLURALIDADE DE AUTORES. AGRADO DESPROVIDO. 1. Decretou-se a medida de sequestro e indisponibilidade de bens e valores, com base no Decreto-Lei n.º 3.240/41, contra as empresas, dentre elas a Agravante, e os supostos autores dos crimes de formação de quadrilha, desvio de dinheiro público, dispensa indevida de licitação e lavagem de dinheiro, crimes dos quais supostamente resultou prejuízo para a Fazenda Pública. 2. A cessação da medida constitutiva, no caso de a ação penal não ser intentada no prazo a que se refere o art. 6.º do referido Decreto-Lei, deve ser analisada conforme as peculiaridades de cada procedimento. No caso, é evidente que não há violação ao princípio da razoável duração do processo se o atraso foi de apenas 1 (um) dia, mormente em se considerando as peculiaridades da causa, que se revela complexa e com pluralidade de autores. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1387258/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 13/02/2012). “Apesar de não ter sido intentada a ação penal no prazo descrito no art. 131, I do CPP, o seqüestro merece ser mantido, considerando a excepcionalidade do caso e as informações ministeriais no sentido de não se tratar de inércia daquele órgão, mas, sim, de dificuldades no cumprimento de certas diligências e na apuração dos fatos.” (STJ, RMS 9.999/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/1999, DJ 28/06/1999, p. 132).

⁴⁶¹ Diz o artigo 5, n.º7, da Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, promulgado no Brasil pelo Decreto Presidencial nº154/1991, que “cada Parte considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja compatível com os princípios de direito interno e com a natureza de seus procedimentos jurídicos e de outros procedimentos.”

IV – Por fim, cumpre destacar os efeitos da condenação previstos no artigo 7º da lei, cujo inciso primeiro (que trata da perda judicial de bens, direitos ou valores) repete a regra constante do artigo 91, II, do Código Penal, sendo o inciso segundo (cujo teor determina a interdição do condenado para o exercício de cargo, função pública e de algumas funções de diretor de entidades especificadas, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada).

3.12. Crimes de Corrupção nas Eleições.

Há, na legislação eleitoral, pelo menos 11 (onze) tipos penais que dizem respeito a atos de corrupção voltados contra a liberdade do eleitor e a lisura do processo eleitoral⁴⁶².

⁴⁶² À guisa de citação, citamos essas figuras típicas: **1 – Corrupção Eleitoral no Código Eleitoral:** Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa. Art. 300. Valer-se o servidor público da sua autoridade para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido: Pena - detenção até seis meses e pagamento de 60 a 100 dias-multa. Parágrafo único. Se o agente é membro ou funcionário da Justiça Eleitoral e comete o crime prevalecendo-se do cargo a pena é agravada. Art. 301. Usar de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar, ou não votar, em determinado candidato ou partido, ainda que os fins visados não sejam conseguidos: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa. Art. 302. Promover, no dia da eleição, com o fim de impedir, embaraçar ou fraudar o exercício do voto a concentração de eleitores, sob qualquer forma, inclusive o fornecimento gratuito de alimento e transporte coletivo: Pena - reclusão de quatro (4) a seis (6) anos e pagamento de 200 a 300 dias-multa. Art. 334. Utilizar organização comercial de vendas, distribuição de mercadorias, prêmios e sorteios para propaganda ou aliciamento de eleitores: Pena - detenção de seis meses a um ano e cassação do registro se o responsável for candidato. Art. 346. Violar o disposto no Art. 377: Pena - detenção até seis meses e pagamento de 30 a 60 dias-multa. Parágrafo único. Incorrerão na pena, além da autoridade responsável, os servidores que prestarem serviços e os candidatos, membros ou diretores de partido que derem causa à infração. Art. 377. O serviço de qualquer repartição, federal, estadual, municipal, autarquia, fundação do Estado, sociedade de economia mista, entidade mantida ou subvencionada pelo poder público, ou que realiza contrato com este, inclusive o respectivo prédio e suas dependências não poderá ser utilizado para beneficiar partido ou organização de caráter político. Parágrafo único. O disposto neste artigo será tornado efetivo, a qualquer tempo, pelo órgão competente da Justiça Eleitoral, conforme o âmbito nacional, regional ou municipal do órgão infrator mediante representação fundamentada partidário, ou de qualquer eleitor. Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais: Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular. Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada. **2 – Corrupção Eleitoral na Lei nº9.504/1997:** Art. 39, §5º. Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis

O que se infere da leitura desses dispositivos é que a grande maioria é de uma absoluta ineficácia “para debelar os males que assolam o processo eleitoral brasileiro, em especial no combate aos atos de desonestidade praticados corriqueiramente por candidatos, partidos políticos, coligações, agentes públicos e empresários, conforme expomos abaixo:

I – Em primeiro lugar, é de se destacar que quase todos os tipos penais de corrupção na área eleitoral trazem penas inócuas (ou não o fazem, como no caso do artigo 20, da Lei Complementar nº64/90), cujas consequências estimulam e não inibem a reiteração criminosa, pois dão ensejo à aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9099/95.”⁴⁶³ Isso sem contar que, em alguns casos, inviabilizam a utilização de ferramentas investigativas e probatórias necessárias para esses tipos de delitos, como a interceptação telefônica (dos 11 tipos, apenas 4 trazem a pena de reclusão, que é única a legitimar o uso dessa ferramenta investigativa).

“Pois bem, pensamos que, para todas as condutas criminosas acima apontadas (relacionadas à corrupção no processo eleitoral), mister se faz utilizar a mesma opção legislativa constante dos tipos penais descritos nos

meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR: II - a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna; III - a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos. IV - a publicação de novos conteúdos ou o impulsionamento de conteúdos nas aplicações de internet de que trata o art. 57-B desta Lei, podendo ser mantidos em funcionamento as aplicações e os conteúdos publicados anteriormente. Art. 40. O uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR. **3 – Corrupção Eleitoral na Lei nº6.091/1974:** Art. 11. Constitui crime eleitoral: V - utilizar em campanha eleitoral, no decurso dos 90 (noventa) dias que antecedem o pleito, veículos e embarcações pertencentes à União, Estados, Territórios, Municípios e respectivas autarquias e sociedades de economia mista: Pena - cancelamento do registro do candidato ou de seu diploma, se já houver sido proclamado eleito. Parágrafo único. O responsável, pela guarda do veículo ou da embarcação, será punido com a pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e pagamento de 60 (sessenta) a 100 (cem) dias-multa. **4 – Corrupção Eleitoral na Lei Complementar nº64/90:** Art. 20: O candidato, partido político ou coligação são parte legítima para denunciar os culpados e promover-lhes a responsabilidade; a nenhum servidor público, inclusive de autarquias, de entidade paraestatal e de sociedade de economia mista será lícito negar ou retardar ato de ofício tendente a esse fim, sob pena de crime funcional. Observe-se que, apesar do dispositivo mencionar que a conduta típica é um “crime funcional”, não há pena prevista.

⁴⁶³ PINHEIRO, Igor Pereira. *Projeto de Lei “Anticrime” e as Mudanças na Seara Eleitoral*, in *Projeto de Lei Anticrime* (CUNHA, Rogério Sanches; DO Ó SOUZA, Renée; GRACIANO SUXBERGER, Antonio Henrique). Salvador: Juspodivm, 2019, p.247).

artigos 334, do Código Eleitoral (distribuição de brindes para fins de cooptação eleitoral) e artigo 11, V, da Lei 69091/74 (uso de veículos ou embarcações oficiais em campanha eleitoral), que trazem a pena capital de cassação do registro ou do diploma e cuja jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral já sedimentou o entendimento quanto à impossibilidade de aplicação da transação penal ou suspensão condicional do processo⁴⁶⁴.

Registra-se que essa opção legislativa daria, pelo menos no caso do crime de “corrupção eleitoral”, uniformidade de tratamento a essa mazela no sistema eleitoral pátrio, pois a “compra de voto” na área cível, ainda que única, enseja a cassação do registro ou do mandato do candidato à luz do artigo 41-A, da Lei das Eleições⁴⁶⁵.

Além disso, no caso de restar evidenciado apoio, de qualquer natureza, do partido para as empreitadas criminosas, também nos parece coerente estender, para esses casos, a pena de suspensão do funcionamento de diretórios partidários (artigo 336, do CE⁴⁶⁶).

Somente assim, garantir-se-á uma proteção suficiente à legitimidade e higidez do processo eleitoral, bem constitucionalmente tutelado à luz do artigo 14, §9º, do Texto Supremo.

⁴⁶⁴ PROCESSO PENAL ELEITORAL - LEIS nºs 9.099/95 e 10.259/2001 - APLICABILIDADE. As Leis nºs 9.099/95 e 10.259/2001, no que versam o processo relativo a infrações penais de menor potencial ofensivo, são, de início, aplicáveis ao processo penal eleitoral. A exceção corre à conta de tipos penais que extravasem, sob o ângulo da apenação, a perda da liberdade e a imposição de multa para alcançarem, relativamente a candidatos, a cassação do registro, conforme é exemplo o crime do artigo 334 do Código Eleitoral. (Recurso Especial Eleitoral nº 25137, Acórdão de , Relator(a) Min. Marco Aurélio Mendes De Farias Mello, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume I, Data 16/09/2005, Página 173)

⁴⁶⁵ “No que tange à não observação pelo Tribunal Regional Eleitoral dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao condená-los à perda dos mandatos, a jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que “é inviável considerar a pretensão de aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para afastar a sanção de cassação do mandato eletivo, tendo em vista que as penalidades estabelecidas pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 - multa e cassação do registro ou do diploma - são cumulativas.” (REspe 952-46, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 23.10.2015).

⁴⁶⁶ Art. 336. Na sentença que julgar ação penal pela infração de qualquer dos artigos. 322, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 331, 332, 333, 334 e 335, deve o juiz verificar, de acordo com o seu livre convencimento, se diretório local do partido, por qualquer dos seus membros, concorreu para a prática de delito, ou dela se beneficiou conscientemente. Parágrafo único. Nesse caso, imporá o juiz ao diretório responsável pena de suspensão de sua atividade eleitoral por prazo de 6 a 12 meses, agravada até o dobro nas reincidências.

II – Em segundo lugar, é de se registrar que seria extremamente democrático e efetivo para o combate à corrupção a ampliação da legitimidade ativa para o ajuizamento de ação penal referente aos crimes eleitorais correlatos (artigo 129, I, da Constituição Federal c/c artigo 355, do Código Eleitoral), conferindo-lhe aos cidadãos (eleitores ou não).

Destaca-se, por oportuno, que tal medida apenas complementaria a possibilidade conferida pelo parágrafo único do artigo 377, do Código Eleitoral⁴⁶⁷, de qualquer eleitor ou partido político requerer medidas cautelares penais tendentes a cessar o uso da máquina pública em campanhas eleitorais. Trata-se, assim, de aplicar a sábia orientação do jurisconsulto Paulo de que importa à República que muitos defendam a sua causa (*“Reipublicae interst quam plurimus ad defendam suam causam”*)⁴⁶⁸.

Assim, a atuação do cidadão interessado (que é a vítima nos casos de corrupção e pode realizar investigações para apresentar elementos de prova ao Ministério Público⁴⁶⁹) não ficaria restrita à hipótese da ação penal privada subsidiária da pública, cuja admissão já foi há muito declarada pelo Tribunal Superior Eleitoral⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Art. 377. O serviço de qualquer repartição, federal, estadual, municipal, autarquia, fundação do Estado, sociedade de economia mista, entidade mantida ou subvencionada pelo poder público, ou que realiza contrato com este, inclusive o respectivo prédio e suas dependências não poderá ser utilizado para beneficiar partido ou organização de caráter político. Parágrafo único. O disposto neste artigo será tornado efetivo, a qualquer tempo, pelo órgão competente da Justiça Eleitoral, conforme o âmbito nacional, regional ou municipal do órgão infrator mediante representação fundamentada partidário, ou de qualquer eleitor.

⁴⁶⁸ “Ora, como o grau de enervação e de corrupção nunca chega a todas as classes em sua totalidade, e sempre há cidadãos conscientes de sua missão cívica, que têm um claro sentido de legalidade, que sempre defenderam o interesse geral, em todas as suas atividades e esferas de sua vida, ou tem vocação por esse interesse, torna-se evidente que dotar tais cidadãos de um meio ‘legal’ capaz de conter ou de reduzir esse discricionarismo é algo inerente à própria forma de governo democrático e exemplar maneira de preservar as instituições e tornar impossível ou difícil que sejam entronizados a arbitrariedade, o desperdício do erário, a destruição do patrimônio do Estado.”(BIELSA, Marcelo. A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração”, in RF n.157/46).

⁴⁶⁹ “1. A seriedade probatória da acusação penal, definida pela certeza da materialidade e indícios de autoria (justa causa) pode provir de elementos probatórios oriundos ou não do inquérito policial, que não é seu suporte exclusivo de justa causa. 2. Admite-se em tese, pois, a persecução criminal por qualquer fonte confiável de prova, estatal ou mesmo particular, nada impedindo seja essa fonte de prova provinda do órgão Ministerial.” (STJ, HC 90.174/PR,DJe 25/11/2015).

⁴⁷⁰ “2. Na medida em que a própria Carta Magna não estabeleceu nenhuma restrição quanto à aplicação da ação penal privada subsidiária, nos processos relativos aos delitos previstos na legislação especial, deve ser ela admitida nas ações em que se apuram crimes eleitorais. 3. A

Não custa lembrar que nossa historiografia legislativa noticia medidas dessa jaez na apuração de casos envolvendo enriquecimento ilícito de agentes públicos, como foi o caso da Lei 3164/57 (“Lei Pitombo-Godói Ilha”) e a Lei 3502/58 (“Lei Bilac Pinto”).

III – Em terceiro lugar, parece-nos imperativa a criminalização autônoma das chamadas “candidaturas laranjas” para preenchimento das cotas de gênero a que alude o artigo 10, § 3º, da Lei das Eleições, pois elas envolvem, via de regra, burla grave à igualdade de gênero e o desvio de recursos públicos para esse fim⁴⁷¹ (lembremos que o financiamento de campanhas eleitorais após 2017 passou a contar com vultosas verbas públicas). Seguindo a mesma lógica apresentada acima, nessa tipificação própria, a pena deveria ser a de cassação do registro ou do diploma no caso de participação direta ou anuência do candidato.

IV - Dentro desse contexto, urgente é também a criminalização da “candidatura de fachada ou fantasma”, uma vez que, de acordo com o Tribunal Superior Eleitoral, “é atípica a conduta de candidata que, com a única intenção de satisfazer o percentual legal de 30% de inscrição do sexo feminino, registra a candidatura, mas não promove campanha. (TSE, Recurso em Habeas Corpus nº 2848, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 229, Data 04/12/2014, Página 11-12);

V – Também fazia-se necessária proposição legislativa no sentido de revogar os artigos 236⁴⁷² e 298, do Código Eleitoral, que, respectivamente,

queixa-crime em ação penal privada subsidiária somente pode ser aceita caso o representante do Ministério Público não tenha oferecido denúncia, requerido diligências ou solicitado o arquivamento de inquérito policial, no prazo legal”. (TSE, RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 21295, Acórdão nº 21295 de 14/08/2003, Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 17/10/2003, Página 131 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 4, Página 227).

⁴⁷¹ Já criminalizado com a inserção do artigo 354-A, do Código Eleitoral, que igualmente merecia ter a pena autônoma de cassação do registro ou do diploma no caso de comprovação da participação direta do candidato. Afinal, estamos falando de desvio de verbas públicas voltadas para o financiamento da campanha. Quem age assim antes de assumir um cargo público, certamente continuará com essa prática delitiva no exercício do cargo.

⁴⁷² Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto. § 1º Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido,

dão imunidade prisional relativa a eleitores, candidatos e dirigentes partidários até 15 dias antes do pleito (momento de maior sensibilidade e quando se pratica compra de votos em larga escala sob mando e supervisão daqueles), bem como criminaliza a conduta de quem desrespeitar essa “garantia”, colocando em xeque a possibilidade do magistrado eleitoral fazer cessar, via mandado de prisão preventiva, a reiteração criminosa eventualmente constatada, a garantia da ordem pública e da lisura do processo eleitoral. Sobre o assunto, já nos posicionamos expressamente pela não-recepção desses dispositivos⁴⁷³, embora o ideal fosse a revogação dos mesmos, para evitar o receio que muitos magistrados ainda possuem, *in verbis*: ‘Assim sendo e diante dos maléficos efeitos práticos que uma aplicação estritamente literal dessas disposições legais pode levar, em especial para a lisura do processo eleitoral (bem constitucionalmente tutelado pelo artigo 14, §9 do Texto Supremo), é imperioso que se realize um estudo sobre a compatibilidade ou não dos referidos dispositivos à luz da Constituição Federal, cuja conclusão final irremediavelmente é no sentido negativo. Vejamos, pois, os fundamentos para tanto.

A primeira situação que merece atenção diz respeito à desatualização do contexto jurídico, político e social que rodeou a aprovação da imunidade eleitoral sob análise e a respectiva criminalização do seu desrespeito.

Sabe-se que o elemento histórico é um dos vetores que devem ser levados em consideração na hermenêutica de qualquer norma jurídica, uma vez que permitem verificar a manutenção ou não das razões que impulsionaram a sua edição⁴⁷⁴.

durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição § 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator. Art. 298. Prender ou deter eleitor, membro de mesa receptora, fiscal, delegado de partido ou candidato, com violação do disposto no Art. 236. Pena - Reclusão até quatro anos.

⁴⁷³ PINHEIRO, Igor Pereira. Legislação Criminal Eleitoral Comentada – Aspectos Materiais e Processuais. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

⁴⁷⁴ “Nestes termos, as circunstâncias jurídicas, políticas, sociais, culturais e económicas que rodearam a génese de uma norma constitucional, e que poderão ter influído no seu ‘processo de fabrico’, devem ser recriadas ou reconstituídas pelo intérprete, já que tal permite clarificar a vontade do legislador e contribuir para a identificação dos fins da referida norma interpretação teleológica). Embora diversas sensibilidades do objetivismo desvalorizem o padrão histórico-

Ora bem, o Código Eleitoral data de 1965, período marcado pelos abusos inerentes à ditadura militar e ao fenômeno da política do “coronelismo”, na qual poucas figuras detinham o poder político e econômico, exercendo, através de capangas ou da própria polícia, o poder de pressão e coação sobre os eleitores. Dentre as medidas comuns para esse desiderato criminoso estava exatamente o uso da influência dos “coronéis” para prender opositores políticos ou mesmo os que se mostravam simpatizantes aos formadores de opinião que iam de encontro à “sua cartilha”.

Esse foi o cenário que legitimou e justificou a aprovação dos artigos 236 e 298, do Código Eleitoral. De cara, percebe-se que o contexto atual não é mais esse, tendo em vista que, a despeito dos ‘neocoronéis’, não há mais em nosso Brasil, salvo raríssimas exceções, a possibilidade de se prender alguém simplesmente por influência política, tendo em vista as profundas transformações sociais, políticas e jurídicas ocorridas nesses mais de 50 anos. E a principal foi a Constituição Federal de 1988, que criou a Instituição do Ministério Público com uma envergadura funcional sem precedentes, responsável que é pela ordem jurídica como um todo e pelo controle externo da atividade policial, que igualmente, a despeito de não possuir a independência e autonomias ministeriais, age com a mais absoluta isenção e imparcialidade na condução da nobre função investigatória.

Essa, portanto, é a primeira razão jurídica da insubsistência de validade das normas ora analisadas. Aliás, insta esclarecer que já há projeto de lei⁴⁷⁵ que

circunstancial, preferindo ater-se ao sentido que deflui da norma, no momento em que esta é interpretada e aplicada, o facto é que a Justiça Constitucional confere, não poucas vezes relevo à ‘occasio legis’ em sede de interpretação evolutiva e em sede de aplicação do princípio da proteção da confiança.” (DE MORAIS, Carlos Blanco. *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.646).

⁴⁷⁵ Trata-se do PL nº 7.573/2006, de autoria do Deputado Fernando de Fabinho, que assim dispõe: “PROJETO DE LEI Nº 7.573/2006 Revoga o art. 236 do Código Eleitoral. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Esta lei revoga o art. 236 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, de maneira a relativizar o princípio do direito de voto diante do princípio da segurança da sociedade, permitindo em todo o território nacional a prisão dos cidadãos, mesmo no período compreendido entre os cinco dias que antecedem e as quarenta e oito horas que se sucedem à eleição. Art. 2º Revogue-se o art. 236 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

visa a revogação do artigo 236 do Código Eleitoral, exatamente pela sua desatualização⁴⁷⁶.

Não bastasse isso, o estudo detido dos dispositivos em referência à luz dos valores e princípios decorrentes do Texto Constitucional de 1988 levam à inevitável conclusão de que os mesmos não foram recepcionados pela nova ordem jurídica nacional. E os fundamentos são diversos. Vejamos.

Inicialmente, deve-se destacar que a lisura do processo eleitoral constitui bem juridicamente tutelado pela Constituição Federal (vide artigo 14, §9º), de modo que toda e qualquer norma que tenha o condão de enfraquecer ou de proteger de maneira deficiente esse caro valor, que busca viabilizar a concretização do princípio democrático, o pleno e livre gozo dos direitos políticos, deve ser considerado contrário à ordem jurídica nacional. É o que sucede no presente caso, pois não há razão constitucionalmente justificante para que pessoas que estejam praticando delitos de toda a ordem com vistas a subverter a legitimidade do processo eleitoral, merecendo destaque aqui para os corruptores eleitorais, operadores de “caixa 2” e àqueles que usam a máquina pública para seus propósitos eleitoreiros escusos, fiquem imunes ao decreto prisional, quando este se mostrar concretamente necessário e devidamente fundamentado pela autoridade judiciária competente. Pensar diferente é, a um só tempo, permitir a proteção deficiente da lisura eleitoral (em uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, especificamente na diretriz da proibição do excesso), bem como estimular a impunidade e a corrupção, o que vai de encontro com a diretriz constitucional brasileira.

Aliás, ousaríamos mais: na verdade, em casos desse jaez (prática de atos de corrupção eleitoral em larga escala e de maneira continuada), o único meio apto a garantir efetivamente a lisura do pleito é a prisão cautelar dos corruptores, posto que sua conduta delitiva, se não obstada o quanto antes,

⁴⁷⁶ (...) sopesando o direito de voto e o direito de segurança da sociedade contra os indivíduos que atentam contra os valores que lhe são caros, o legislador preferiu o primeiro, estabelecendo algumas exceções. No entanto, passadas mais de quatro décadas da entrada em vigor da norma e vivendo nós hoje em um mundo muito mais violento, penso que não mais se justifica tal garantia eleitoral. O livre exercício do sufrágio há de ser garantido de outra forma, mas não mais dando um salvo-conduto de uma semana a inúmeros criminosos, para que circulem tranquilamente no período das eleições.

poderá trazer o resultado ilícito que se procura evitar na Constituição: uma eleição marcada pelo abuso de poder! À medida que se aproxima o pleito, ao contrário do que propugnam as normas ora sob análise, há um exponencial aumento do *periculum libertatis* dos corruptores, sendo necessária a sua retirada do meio social. É importante consignar que já existem diversos precedentes jurisprudenciais do Tribunal Superior Eleitoral (TSE): - Havendo mandado de prisão, com base em processo regular, deve ele ser cumprido a qualquer tempo, contra indivíduos que estão sujeitos à prisão preventiva, mesmo sendo eleitores. (CONSULTA nº 2428, Resolução nº 3858 de 19/09/1950, Relator(a) Min. ARMANDO SAMPAIO COSTA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 19/06/1952); - (...) Os requeridos, utilizando recursos públicos e outros de origem não identificada, praticaram vários crimes, prometendo e distribuindo dinheiro e diversos bens em troca de votos. Ora, não se pode desconsiderar que esses atos foram praticados durante o período eleitoral. É preciso, pois, punir com rigor aqueles que pretendem ofender o sistema democrático, tencionando influenciar, na livre vontade do eleitor e, em consequência, comprometer a legitimidade do sufrágio. (...) Ademais, a garantia da ordem pública não é de ser entendida somente como medida abortiva de novos crimes que porventura possam os agentes praticarem mas também como elemento tranquilizador da sociedade, onde um crime de proporções sérias reverbera mais intensamente, preservando, da mesma forma, a credibilidade da Justiça, confiando-se ao Juiz do processo o cotejo destes questões, que é quem melhor pode sopesá-las. Em suma, as imputações que pesam contra os requeridos são gravíssimas e, por terem sido praticadas durante o período eleitoral, coloca os delitos, sob uma lente de aumento, pois as provas documentais e os conteúdos neles inseridos demonstram que os atos praticados visavam, claramente, a captação do voto dos eleitores. Outrossim, ao atingir a população mais carente, os requeridos atentaram contra a própria dignidade da pessoa humana, na medida em que a doação ou promessa de doação de bens e serviços tais como os já demonstrados, gera um processo alienante e de dependência, excluindo as camadas menos favorecidas da sociedade do real conceito de cidadãos, conforme a fundamentação feita em brilhante voto do Excelentíssimo Membro desta Corte Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento, quando de sua passagem por esta Corte, com a propriedade que lhe é peculiar (Ac. TRE nº. 930/2006 de 14.12.2006). Lamentavelmente, ao contrário da campanha

empreendida pelo Eg. Tribunal Superior Eleitoral na mídia nacional de que "o voto não tem preço, tem consequências", verifica-se no presente caso que um voto pode valer dinheiro e diversos outros bens como material de construção, telhas e outros. (HC - Habeas Corpus nº 666 - tapauá/AM, Decisão Monocrática de 19/11/2009, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES , Publicação:DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 24/11/2009, Página 14-17)

Ainda na seara constitucional, deve-se destacar que o Texto Supremo, ao dispor no artigo 5º, LXI, que 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei', não excepcionou as prisões em período eleitoral, o que nos leva a concluir que a esdrúxula imunidade formal prisional prevista no art. 236 e a respectiva criminalização do artigo 298 do Código Eleitoral não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, porque o ordenamento jurídico máximo, ao permitir alguns tipos de prisões, textualmente, excepcionou algumas situações e em nenhum momento se referiu às prisões em período eleitoral. É ilação plenamente lógica que, se a prisão estiver em consonância com a Constituição Federal, poderá ser executada, mesmo em época de eleição, não sendo juridicamente possível ser suscitada a sua ilegalidade. Seria uma grande excrescência jurídica uma prisão preventiva, leia-se: *'uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente'*, não poder ser executada porque a legislação infraconstitucional não permite algo que é autorizado pela Constituição Federal⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ No mesmo sentido: "Seria um verdadeiro acinte à Justiça e a tradução da mais pura impunidade, por exemplo, o comparecimento de um homicida, com prisão preventiva decretada, cujo mandado ainda não fora cumprido, à seção eleitoral, o regular exercício do direito de voto e, depois de quarenta e oito horas, o retorno do criminoso à clandestinidade. A interpretação meramente gramatical do artigo 236 do Código Eleitoral pode levar a tal disparate, enquanto que a interpretação teleológica ou sistemática conduz a outra conclusão. O escorrito transcorrer do processo eleitoral, que deve ser marcado pela lisura, tranquilidade, ordem, pluralidade e liberdade no exercício da escolha dos representantes do povo, justifica, em caráter excepcional, enquanto não existe legislação própria regulamentando a matéria, que aqueles que tenham contra si mandado de prisão em aberto, sejam aliçados do processo de votação. Não se trata de discriminação, mas de escolha, – no processo de ponderação envolvendo o direito-dever do voto do sentenciado e o interesse público em ver restabelecida a ordem e aplicada a lei em desfavor de seus detratores –, da segunda opção, que atende o espírito próprio de um Estado de Direito". (DA PONTE, Antônio Carlos. "Prisão e Período Eleitoral", disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Eleitoral/Doutrina_Eleitoral/DOUTRINA%20-%20PONTE.pdf e acessado no dia 03/02/2016, às 15:30 horas.

Não bastasse tudo isso, é de se ter em conta que a temática das prisões foi objeto de tratamento legislativo específico após a Constituição de 1988, qual seja: a Lei Federal nº12.403/11, que, alterando o artigo 283 do Código de Processo Penal, passou a estabelecer a nova diretriz legal do assunto, estipulando que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Ora, diante disso, entendemos também que, se não for pelo fundamento da não-recepção, o artigo 236 do Código Eleitoral não tem mais vigência, pois foi revogado tacitamente pela nova disposição legislativa processual penal (vide artigo 2º, §1º, da LINDB).

Assim, à luz do exposto, podemos dizer que será plenamente constitucional a efetivação de 06 (seis) tipos diferentes de prisões durante todo o processo eleitoral⁴⁷⁸: a) Prisão em flagrante, cuja manutenção fica condicionada à decreto judicial de conversão, conforme preconiza o artigo 7º, §4º e §6º, da Resolução TSE nº23.396/13; b) Prisão preventiva autônoma, que deve se submeter aos requisitos dos artigos 311 a 314, do Código de Processo Penal; c) Prisão oriunda de sentença criminal condenatória transitada em julgado, independente do crime ser ou não inafiançável; d) Prisão oriunda de sentença criminal condenatória proferida por órgão colegiado e não transitada em julgado, à luz do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no

⁴⁷⁸ "...na literalidade da lei, o candidato não poderá ser preso em razão de decreto de prisão preventiva, ou temporária, ou mesmo por força de sentença condenatória criminal transitada em julgado, pois que a regra é o impedimento à prisão e a exceção é o estado de flagrância tão-somente. Não é possível levar o dispositivo a tal consequência. É evidente que aquele que tem contra si sentença penal condenatória transitada em julgado não só poderá como deverá ser preso, inclusive naqueles 15 dias que antecedem a eleição. Argumenta-se que a prisão do candidato, com toda a repercussão negativa que a medida alcança, prejudica seu desempenho nas urnas, podendo levá-lo a perder a disputa. E é verdade. Entretanto, tratando-se de prisão por sentença condenatória transitada em julgado, não há argumento que possa superar a necessidade de executar-se imediatamente o julgado criminal, até porque acima dos interesses do candidato está a pretensão executória estatal. Ademais, com a prisão do candidato, os eleitores recebem em relação a ele mais uma informação importante, qual seja, a existência de condenação criminal definitiva, que deve ser levada em consideração no momento da escolha. De resto, é bom lembrar que a providência (prisão) não trará qualquer prejuízo concreto para a candidatura, porque o candidato estará inelegível no dia das eleições, pois suspensos os seus direitos políticos (art. 15, III, da CF). De qualquer forma, então, ainda que fosse eleito, teria o seu diploma cassado, em sede de recurso contra a expedição de diploma, exatamente em razão da inelegibilidade superveniente ao registro" (CASTRO. Édson de Rezende. Teoria do Direito Eleitoral. 2 ed. Belo Horizonte : Mandamentos Editora, 2004, págs. 311 e 312).

HC n. 126.292/SP, da relatoria de Teori Zavascki⁴⁷⁹; e) Prisão originária da decisão de pronúncia, desde que presentes os requisitos da prisão preventiva; f) Prisão temporária, quando verificável no caso concreto a ocorrência do delito de associação criminosa – antiga formação de quadrilha (vide artigo 288, do Código Penal) em concurso com o crime de corrupção eleitoral (artigo 299, do Código Eleitoral). É importante destacar que a análise acima realizada encontra eco em considerável segmento da doutrina eleitoral, como nas abalizadas manifestações de Luiz Carlos Gonçalves dos Santos, Francisco Dirceu Barros e Antônio Carlos da Ponte. Assim sendo, reputo não-recepcionado o presente dispositivo penal eleitoral!”

VI – De igual importância seria a instituição de dispositivo no Código Eleitoral referente à validade das gravações dos interlocutores para fins de prova dos crimes e ilícitos eleitorais, uma vez que, até abril de 2019, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) conferia um “direito à intimidade” absoluto aos corruptores eleitorais⁴⁸⁰, embora permitisse o uso da gravação do eleitor corrompido (que também pratica crime) para condená-lo, em uma nítida desigualdade e injustiça⁴⁸¹. Assim, à luz do decidido no Recurso Especial Eleitoral 45.502, pelo Tribunal Superior Eleitoral, deveria ser inserida norma com a *ratio decidendi* desse julgado, que foi exatamente o

⁴⁷⁹ Conferir o seguinte julgado da Suprema Corte: “O Plenário, no julgamento do HC n. 126.292/SP, relatoria de Teori Zavascki, firmou entendimento de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo.” (HC 125708 AgR-segundo, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 03-06-2016 PUBLIC 06-06-2016).

⁴⁸⁰ “Segundo entendimento adotado pelo TSE desde as Eleições 2012, para que seja considerada lícita, a prova obtida por meio de gravação em local privado, para uso em processo penal, demanda prévia autorização judicial (REspe 388-73/MG, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 20.2.2017, e AgR-REspe 838-77/SP, Rel. Min. LUCIANA LÓSSIO, DJe 7.12.2015).2. Na hipótese, não se aplica o entendimento assentado pelo STF por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no RE 583.937, haja vista que aquele julgamento não se referiu à gravação ambiental para prova com vistas à desconstituição do mandato (AgR-REspe 388-73/MG, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 20.2.2017).” (Agravado de Instrumento nº 28364, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 30/06/2017).

⁴⁸¹ “A gravação ambiental que registra o crime de corrupção, quando realizada pelos próprios eleitores que venderam o voto, pode ser utilizada contra eles no processo penal. Do contrário, a eles seria permitido aproveitar-se da ilicitude a que deram causa.” Assim, “é irrelevante que a gravação ambiental tenha sido considerada ilícita em relação ao prefeito em ações eleitorais julgadas por esta Corte.” (TSE, Habeas Corpus nº 44405, Acórdão, Relator(a) Min. Maria Thereza Rocha De Assis Moura, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 86, Data 05/05/2016).

de que “deve ser admitida como regra a licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, sem o consentimento dos demais, e sem autorização judicial, em ambiente público ou privado, avaliando-se com cautela, caso a caso, a prova obtida mediante gravações ambientais, de modo a ampliar os meios de apuração de ilícitos eleitorais que afetem a lisura e a legitimidade das eleições”⁴⁸².

Tal lógica parece-nos impecável sob o ponto de vista dogmático e prático, pois não dá o caráter absoluto ao direito à intimidade, que vinha sendo a lógica do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), mas impõe ao julgador o dever de analisar, caso a caso, se aquela gravação não foi fruto de uma armação preparada por opositores políticos.

VII – Complementando, entendo que deveria haver a criminalização autônoma de boa parte das chamadas “condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral”, previstas entre os artigos 73 e 78, da Lei das Eleições, que trazem hipóteses específicas de vedação ao uso da máquina pública visando a garantia de igualdade de oportunidades no processo eleitoral. Seguindo a mesma lógica apresentada acima, nessa tipificação própria, a pena deveria ser a de cassação do registro ou do diploma no caso de participação direta ou anuência do candidato. Não custa lembrar que, hoje, o enquadramento é, via de regra, o do artigo 377, do Código Eleitoral, cuja ineficiência já foi pontuada acima.”⁴⁸³

No tocante aos aspectos processuais dos crimes de corrupção nas eleições, deve-se destacar que existe um regime jurídico híbrido, uma vez que o Código Eleitoral e a Resolução nº23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral

⁴⁸² Para maiores detalhes, conferir: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/tse-decide-que-prova-obtida-por-escuta-ambiental-e-licita-para-crimes-cometidos-nas-eleicoes-2016>, acessado em 01/06/2019, às 10:03 horas.

⁴⁸³ PINHEIRO, Igor Pereira. *Projeto de Lei “Anticrime” e as Mudanças na Seara Eleitoral*, (...), P.248-264.

(TSE), não tratam da matéria de maneira exauriente, determinando a aplicação do Código Penal e do Código de Processo Penal de maneira subsidiária.⁴⁸⁴

3.13. Corrupção Cível-Eleitoral.

Analizada a questão criminal, cumpre-nos pontificar que existem diversos ilícitos cíveis tipificados na legislação eleitoral que dizem respeito ao combate à corrupção nos atos prévios ou concomitantes ao processo eleitoral. Vejamos, pois cada um deles.

3.13.1. Abuso de Poder nas Eleições.⁴⁸⁵

A Constituição Federal, no artigo 14, §9º, estabeleceu a necessidade de se reprimir o abuso do poder político e econômico voltado a afetar a normalidade e legitimidade do pleito eleitoral, tudo com o objetivo precípuo de que o resultado das urnas seja simplesmente fruto da vontade popular. Seguindo essa linha, a Lei Complementar nº 64/90, no artigo 19, pontificou que as transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

Nesse tocante, não custa lembrar que a normalidade e a legitimidade previstas no citado dispositivo constitucional decorrem da ideia de igualdade de chances entre os competidores, entendida assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, sem a qual se compromete a própria essência do processo democrático, qualificando-se como violação àqueles princípios a manipulação de eleitorado.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Diz o *Codex*: Art. 287. Aplicam-se aos fatos incriminados nesta lei as regras gerais do Código Penal. Art. 364. No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.

⁴⁸⁵ O presente tópico corresponde, em parte, ao item 5.1 do livro de nossa autoria (*Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral*), já citado anteriormente e referenciado ao final do trabalho.

⁴⁸⁶ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 68254, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 35, Data 23.02.2015, Página 56/57.

Da conjugação desses dispositivos resta claro que podem existir diversas formas de abusos no processo eleitoral a serem reprimidos pela justiça especializada, quais sejam:

I - Abuso de poder político: Essa expressão genérica deve ser entendida como o uso excessivo ou desviado das prerrogativas estatais em favor de uma determinada candidatura. Exemplo disso são algumas das condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral, previstas no artigo 73, da Lei das Eleições.

II - Abuso de poder econômico: Representa o uso ilícito de recursos patrimoniais na campanha eleitoral, tal como a distribuição gratuita e em massa de bens e serviços com o objetivo de angariar a simpatia dos eleitores.⁴⁸⁷ Outra hipótese de sua configuração poderá ocorrer quando as despesas de campanha forem acima dos limites fixados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), conforme dispõem os artigos 18 e 18-B, da Lei nº 9.504/97, com redação imposta pela Lei nº 13.165/15.

Do exposto, percebe-se que o abuso de poder econômico restará caracterizado a partir da utilização de *recursos patrimoniais em excesso*,⁴⁸⁸ independentemente da sua origem, desde que constatada a sua conversão em benefício de um candidato.

Ressalta-se que, ao contrário do que pode parecer em um primeiro momento, a conquista do mandato eletivo por parte do candidato não é requisito para a sua condenação por abuso de poder em sede de ação de investigação judicial eleitoral (uma das ações voltadas para coibir esse tipo de abuso), sendo necessária apenas a comprovação da potencialidade de risco do ato praticado.

⁴⁸⁷ Esse é o entendimento, de longa data, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que assevera: “O abuso de poder configura-se no momento em que a normalidade e a legitimidade das eleições são comprometidas por condutas de agentes públicos que, valendo-se de sua condição funcional, beneficiam candidaturas, em manifesto desvio de finalidade. Já o abuso de poder econômico ocorre quando determinada candidatura é impulsionada pelos meios econômicos de forma a comprometer a igualdade da disputa eleitoral e a própria legitimidade do pleito.” (Recurso Contra Expedição de Diploma nº 711647, Acórdão de 27.10.2011, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE – Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 231, Data 08.12.2011, Página 32-33).

⁴⁸⁸ Recurso Especial Eleitoral nº 191868, Acórdão, Relator(a) Min. Gilson Langaro Dipp, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 22.08.2011, Página 14.

Em resumo, o abuso de poder econômico está relacionado aos recursos financeiros gastos ao longo da campanha eleitoral, ou até mesmo anteriores a ela, muitas vezes vinculados a outras espécies de abuso de poder, como é comum nas fraudes em licitações para “fazer caixa financeiro” voltado ao financiamento de partidos ou candidatos.

Nesse sentido, lapidar o recente entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), segundo o qual “fatos ocorridos em período muito anterior à eleição podem ser apreciados sob ótica de abuso de poder quando o produto da conduta ilícita – no caso, recursos financeiros obtidos mediante fraude em licitações – vem a ser posteriormente empregado em campanha, etapa crítica do processo democrático de votação de candidatos”. Assim, “a manipulação de licitações para financiar campanha, ainda mais em se tratando de recurso da educação, desvirtuando-se a coisa pública em benefício próprio e em detrimento dos demais adversários, com desequilíbrio da disputa eleitoral e influência na legitimidade do pleito, além de improbidade administrativa e ilícito penal, é suficientemente grave para cassação de diplomas e imposição de inelegibilidade, não se podendo levar em conta de forma isolada o montante de recursos empregados. Requisito do art. 22, XVI, da LC 64/90 preenchido” (Recurso Especial Eleitoral nº 58738, Acórdão, Relator(a) Min. Antonio Herman de Vasconcellos E Benjamin, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 03.10.2016).

III - Utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social:

Inicialmente, ao tratar desta espécie de abuso, é necessário esclarecer o sentido do emprego da palavra “veículos”, mencionada no *caput* do art. 22, da Lei Complementar nº 64/1990. Parte da doutrina defende que a utilização indevida de veículos aqui prevista refere-se ao uso de transportes em benefício dos candidatos, como, por exemplo, a utilização de veículos automotores para transportar eleitores no dia da eleição. Contudo, doutrinadores como Elmana Viana Lucena Esmeraldo, Pedro Roberto Decoiman, Rodrigo López Zílio e Joel José Cândido entendem que, ao mencionar a palavra “veículos”, o legislador empregou o sentido de meio de difusão de mensagens.

Esta segunda corrente me parece mais coerente com a interpretação dada pelos Tribunais Eleitorais, pois, ao tratar da utilização indevida de veículos como meio de transporte, a jurisprudência vem enquadrando tal situação como espécie de abuso de poder econômico e/ou abuso de poder político,

como se vê dos julgados proferidos recentemente pela Corte Eleitoral Suprema⁴⁸⁹.

Dito isso, filio-me ao posicionamento doutrinário que, ao versar sobre o uso indevido de *veículos* ou meios de comunicação social, refere-se ao sentido de intermédio de comunicação. Desta forma, a utilização indevida de veículos e meios de comunicação social se evidencia sempre que um meio de comunicação, como rádio, televisão ou internet, for empregado com o intuito de afetar a normalidade das eleições.

A liberdade de imprensa deve ser respeitada no período eleitoral, entretanto, condutas excessivas, que tenham como objetivo prejudicar algum candidato, poderão ensejar a investigação judicial.

Destaco que, como a imprensa escrita não possui o mesmo alcance das emissoras de rádio e televisão, posicionamentos e opiniões emitidos através dela só poderão ser punidos em caso de excesso, isso porque, diferentemente do que acontece com o rádio e a televisão, o seu alcance depende do interesse do eleitor. Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) entende que os veículos impressos de comunicação podem assumir posição favorável em relação a determinada candidatura, inclusive

⁴⁸⁹ “(...) 4. Abuso do poder político e econômico na arregimentação e transporte de funcionários de empresas privadas e de cooperativas para participarem de ato de campanha dos recorridos: a configuração do abuso de poder, com a consequente imposição da grave sanção de cassação de diploma daquele que foi escolhido pelo povo afastamento, portanto, da soberania popular, necessita de prova robusta da prática do ilícito eleitoral, exigindo-se que a conduta ilícita, devidamente comprovada, seja grave o suficiente a ensejar a aplicação dessa severa sanção, nos termos do art. 22, inciso XVI, da LC nº 64/1990, segundo o qual, “para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”. Requisitos ausentes no caso concreto. 5. Uso indevido dos meios de comunicação: dependência econômica da imprensa escrita em relação ao Estado do Acre e alinhamento político de jornais para beneficiar os recorridos. Não há provas nos autos acerca da dependência financeira dos veículos de comunicação em relação ao Estado do Acre, tampouco há ilicitude no fato de candidatos ou coligação contratarem para a campanha empresa de publicidade que tem contrato com o Executivo. A liberdade de informação jornalística, segundo a qual, “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (art. 220, §1º, da CF/88), permite, na seara eleitoral, não apenas a crítica à determinada candidatura, mas também a adoção de posição favorável a certo candidato, salvo evidentes excessos, que serão analisados em eventual direito de resposta ou na perspectiva do abuso no uso indevido dos meios de comunicação. Não há prova nos autos que demonstrem o uso indevido dos meios de comunicação, mas matérias favoráveis aos candidatos da situação e da oposição ao governo estadual.” (TSE, Recurso Ordinário nº 191942, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: RJTSE – Revista de jurisprudência do TSE, Volume 25, Tomo 4, Data 16.09.2014, Página 300).

divulgando atos de campanha e atividades parlamentares, sem que isso caracterize por si só uso indevido dos meios de comunicação social.⁴⁹⁰

Outrossim, a exposição desproporcional de um candidato em detrimento de outros é capaz de se enquadrar na presente hipótese, ensejando, em determinados casos, a abertura do procedimento investigatório⁴⁹¹.

No que tange à concessão de entrevistas à veículos de imprensa, tratando-se de uma única vez, não há o que se falar em uso indevido dos meios de comunicação social, pois a conduta isolada não é capaz de comprometer a igualdade de oportunidades entre os candidatos.⁴⁹²

⁴⁹⁰ Recurso Especial Eleitoral nº 46822, Acórdão, Relator(a) Min. João Otávio de Noronha, Publicação: RJTSE – Revista de jurisprudência do TSE, Volume 25, Tomo 2, Data 27.05.2014, Página 321.

⁴⁹¹ RECURSOS ESPECIAIS ELEITORAIS. ELEIÇÕES 2012. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. ABUSO DO PODER POLÍTICO COM VIÉS ECONÔMICO. CONFIGURAÇÃO. CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS. INELEGIBILIDADE. ART. 22, XIV, DA LC 64/90. DESPROVIMENTO. (...) 5. Não houve afronta aos arts. 220, §6º, da CF/88 e 26, §4º, da Res.-TSE 23.370/2011, pois, apesar de tais dispositivos preverem a desnecessidade de outorga do Poder Público para publicação de veículo impresso e a possibilidade de divulgação de opinião favorável a candidato ou partido político pela imprensa escrita, ficou demonstrado pelas diversas provas anexadas aos autos o abuso da liberdade de imprensa, por meio de uso desproporcional de diversos veículos de comunicação com divulgação de opiniões favoráveis ao candidato recorrente e desfavoráveis ao candidato recorrido. 6. O conteúdo das matérias transcritas no acórdão recorrido e os fundamentos adotados pela Corte Regional demonstram a nítida exposição desproporcional dos candidatos recorrentes em relação ao candidato recorrido nos seis veículos de comunicação do município, não havendo, portanto, dúvidas quanto à configuração de uso indevido dos meios de comunicação. 7. No caso, ficou demonstrada pela moldura fática do acórdão a configuração do abuso de poder político com viés econômico, pois o recorrente Marco Antonio da Silva Toledo, valendo-se da sua posição de prefeito do Município de Natividade/RJ, desvirtuou propaganda institucional e utilizou recursos públicos de forma desproporcional (R\$ 195.011,91 no período de agosto de 2011 a agosto de 2012) para financiar a divulgação de matérias que promoviam a sua candidatura e Prejudicavam a de seu adversário. 8. A gravidade das circunstâncias, exigida no inciso XVI do art. 22 da LC 64/90 para configuração do ato abusivo, ficou demonstrada pelos seguintes fatos descritos no acórdão: a) a quantidade de veículos de comunicação (seis) simultaneamente utilizados em benefício da candidatura dos recorrentes em contraposição ao pequeno eleitorado do município (cerca de 11.000 eleitores); b) o longo período em que as matérias foram divulgadas (de agosto de 2011 a agosto de 2012); c) a quantidade de matérias divulgadas e de exemplares distribuídos (cerca de 2.000 exemplares e alguns jornais 5.000 exemplares); d) o valor expressivo de recursos públicos gastos (R\$ 195.011,91); e) a reiteração das condutas; f) a pequena diferença de votos entre os candidatos (255 votos); g) o desvirtuamento da propaganda institucional em flagrante desrespeito ao art. 37, §1º, da CF/88. (...) (Recurso Especial Eleitoral nº 63070, Acórdão, Relator(a) Min. João Otávio de Noronha, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 29, Data 11.02.2015, Página 78/79).

⁴⁹² Recurso Especial Eleitoral nº 433079, Acórdão, Relator(a) Min. Fátima Nancy Andriighi, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 30.08.2011, Página 88.

IV - Abuso de poder religioso: Embora não exista previsão legal quanto ao abuso de poder religioso, a jurisprudência brasileira já vem enquadrando tal fato como uma das espécies dos abusos de poder anteriormente mencionados, ora vinculando-o ao abuso de poder econômico, ora vinculando-o ao abuso dos meios de comunicação social.

A liberdade religiosa não é um direito absoluto e, por si só, não poderá afastar outros direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Em virtude disso, poderá sofrer limitações por meio de uma análise razoável e proporcional do caso concreto sempre que ficar evidenciada a preponderância de outros princípios na situação fática.

No âmbito eleitoral, pode-se afirmar que a normalidade e a legitimidade das eleições se caracterizam como limitações ao direito de liberdade religiosa. A própria Lei nº 9.504/97, em seus artigos 24 e 37, veda expressamente as doações feitas a candidatos por entidades religiosas, ainda que por meio de publicidade de qualquer espécie, e a utilização de bens de uso comum, entre os quais estão enquadrados os templos religiosos, para a realização de propagandas eleitorais.

Não obstante as pessoas sejam livres para expressarem os seus posicionamentos religiosos, podendo até mesmo declará-los durante suas campanhas eleitorais, a proteção jurídica dada ao direito à livre manifestação de crença e à liberdade religiosa não poderá ser utilizada como escudo para mascarar condutas potencialmente lesivas à normalidade e à legitimidade das eleições. Em recente decisão, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) trouxe interessante posicionamento sobre o abuso de poder religioso e a possibilidade da sua investigação com fins auferir eventual prejuízo à normalidade do pleito⁴⁹³.

⁴⁹³ ELEIÇÕES 2010. RECURSOS ORDINÁRIOS. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL E ABUSO DO PODER POLÍTICO OU DE AUTORIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Os candidatos que sofreram condenação por órgão colegiado pela prática de abuso do poder econômico e político têm interesse recursal, ainda que já tenha transcorrido o prazo inicial de inelegibilidade fixado em três anos pelo acórdão regional. Precedentes. 2. Abuso do poder religioso. Nem a Constituição da República nem a legislação eleitoral contemplam expressamente a figura do abuso do poder religioso. Ao contrário, a diversidade religiosa constitui direito fundamental, nos termos do inciso VI do artigo 5º, o qual dispõe que: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. 3. A liberdade religiosa está essencialmente relacionada ao direito de aderir e propagar uma religião, bem como participar dos seus cultos em ambientes públicos ou particulares. Nesse sentido, de acordo com o art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de

Portanto, os tribunais brasileiros já vêm acatando a possibilidade da aferição judicial de ilícitos relacionados ao abuso de poder religioso, podendo a conduta investigada ser caracterizada como abuso de poder econômico ou uso indevido dos meios e veículos de comunicação social, sendo passível de aplicação das sanções previstas no art. 22, da Lei Complementar nº 64/90.

manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos”. 4. A liberdade religiosa não constitui direito absoluto. Não há direito absoluto. A liberdade de pregar a religião, essencialmente relacionada com a manifestação da fé e da crença, não pode ser invocada como escudo para a prática de atos vedados pela legislação. 5. Todo ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática. A garantia de liberdade religiosa e a laicidade do Estado não afastam, por si sós, os demais princípios de igual estatuta e relevo constitucional, que tratam da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou contra o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, assim como os que impõem a igualdade do voto e de chances entre os candidatos. 6. Em princípio, o discurso religioso proferido durante ato religioso está protegido pela garantia de liberdade de culto celebrado por padres, sacerdotes, clérigos, pastores, ministros religiosos, presbíteros, episcopos, abades, vigários, reverendos, bispos, pontífices ou qualquer outra pessoa que represente religião. Tal proteção, contudo, não atinge situações em que o culto religioso é transformado em ato ostensivo ou indireto de propaganda eleitoral, com pedido de voto em favor dos candidatos. 7. Nos termos do art. 24, VIII, da Lei nº 9.504/97, os candidatos e os partidos políticos não podem receber, direta ou indiretamente, doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie proveniente de entidades religiosas. 8. A proibição legal de as entidades religiosas contribuírem financeiramente para a divulgação direta ou indireta de campanha eleitoral é reforçada, para os pleitos futuros, pelo entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal no sentido de as pessoas jurídicas não poderem contribuir para as campanhas eleitorais (ADI nº 4.650, rel. Min. Luiz Fux). 9. A propaganda eleitoral não pode ser realizada em bens de uso comum, assim considerados aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como os templos, os ginásios, os estádios, ainda que de propriedade privada (Lei nº 9.504/97, art. 37, caput e §4º). 10. O candidato que presencia atos tidos como abusivos e deixa a posição de mero expectador para, assumindo os riscos inerentes, participar diretamente do evento e potencializar a exposição da sua imagem não pode ser considerado mero beneficiário. O seu agir, comparecendo no palco em pé e ao lado do orador, que o elogia e o aponta como o melhor representante do povo, caracteriza-o como partícipe e responsável pelos atos que buscam a difusão da sua imagem em relevo direto e maior do que o que seria atingido pela simples referência à sua pessoa ou à sua presença na plateia (ou em outro local). 11. Ainda que não haja expressa previsão legal sobre o abuso do poder religioso, a prática de atos de propaganda em prol de candidatos por entidade religiosa, inclusive os realizados de forma dissimulada, pode caracterizar a hipótese de abuso do poder econômico, mediante a utilização de recursos financeiros provenientes de fonte vedada. Além disso, a utilização proposital dos meios de comunicação social para a difusão dos atos de promoção de candidaturas é capaz de caracterizar a hipótese de uso indevido prevista no art. 22 da Lei das Inelegibilidades. Em ambas as situações e conforme as circunstâncias verificadas, os fatos podem causar o desequilíbrio da igualdade de chances entre os concorrentes e, se atingir gravemente a normalidade e a legitimidade das eleições, levar à cassação do registro ou do diploma dos candidatos eleitos. 12. No presente caso, por se tratar das eleições de 2010, o abuso de poder deve ser aferido com base no requisito da potencialidade, que era exigido pela jurisprudência de então e que, não se faz presente no caso concreto em razão de suas circunstâncias. Recurso especial do pastor investigado recebido como recurso ordinário. Recursos ordinários dos investigados providos para julgar improcedente a ação de investigação judicial eleitoral. Recurso especial da Coligação Rondônia Melhor para Todos, autora da AIJE, prejudicado. (Recurso Ordinário nº 265308, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Data 05.04.2017, Página 20/21).

Apresentadas as diversas formas de abuso de poder nas eleições tipificadas no Direito Brasileiro, cumpre-nos tratar das principais ações eleitorais de natureza cível, voltadas para punir os atos acima especificados e à corrupção em geral.

A primeira delas é a ação de impugnação ao mandato eletivo (AIME), que está prevista no artigo 14, §§10 e 11, da Constituição Federal de 1988, e que tem como objetivo desconstituir o mandato eletivo obtido através de fraude, corrupção e abuso de poder econômico.

A AIME, como assim é chamada, possui natureza de ação constitucional/eleitoral e será utilizada sempre que a lisura do processo eleitoral restar comprometida pela prática de um dos três ilícitos anteriormente citados. Por não existir, até a presente data, norma infraconstitucional regulamentando o rito aplicável às ações de impugnação de mandato eletivo, a jurisprudência pátria é pacífica ao aplicar-lhe o procedimento previsto nos artigos 2º e 3º, da Lei Complementar nº 64/1990.

Do exposto, percebe-se que a ação de impugnação de mandato eletivo é a única ação eleitoral de matriz constitucional voltada para garantir o direito difuso da sociedade a um processo eleitoral hígido e imune a qualquer ato de corrupção, fraude ou abuso.⁴⁹⁴

Esse é o motivo pelo qual a Corte Eleitoral atribuiu-lhe a *posição de “preferred position”* no campo processual eleitoral.⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ “A ação de impugnação de mandato eletivo transcende a mera tutela de pretensões subjetivas (e.g., do titular que pretende não ter seu mandato eletivo desconstituído), conectando-se, precipuamente, com a salvaguarda de interesses transindividuais (e.g., a legitimidade, a normalidade das eleições, a higidez e a boa-fé da competição eleitoral), a revelar, com extrema nitidez, o caráter híbrido que marca o processo eleitoral” (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 139248, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE, Tomo 107, Data 02.06.2017, Página 37/40).

⁴⁹⁵ “1. A ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) ocupa uma *preferred position* em relação às demais ações eleitorais, ante a jusfundamentalidade formal e material gravada pelo constituinte de 1988. a) A ação de impugnação de mandato eletivo, sob o prisma formal, encontra-se positivada no Título II, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, ex vi do art. 14, §§10 e 11, da CRFB, à semelhança dos demais remédios constitucionais (e.g., habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular), desenho institucional que atrai todo o regime jurídico das garantias constitucionais. b) A importância da AIME, examinada pelo viés material, salta aos olhos por ser a única ação eleitoral que conta com lastro constitucional para retirar um agente político investido no mandato pelo batismo das urnas, de ordem a mitigar, em consequência, o cânone da soberania popular. 2. o regime jurídico-constitucional da AIME encerra critério substantivo de racionalização dos feitos eleitorais, i.e., trata-se do vetor hermenêutico apto a elidir a ausência de sistematicidade do processo eleitoral e evitar o descrédito da Justiça Eleitoral em razão do atual estado de risco potencial de decisões

A outra ação que pode questionar os abusos típicos do Direito Eleitoral é a chamada “ação de investigação judicial eleitoral” (AIJE), de que trata o artigo 19, da Lei Complementar nº 64/1990. A ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), portanto, é uma ação eleitoral cível que visa combater qualquer conduta abusiva (que pode ser também um descumprimento aos mandados constitucionais anticorrupção) praticada antes ou durante o processo eleitoral e que seja capaz de afetar a normalidade e a legitimidade das eleições.

Neste caso, é bom lembrar, não há a necessidade da comprovação do dano direto ocasionado às eleições, isto é, a potencialidade da conduta para alterar o resultado, bastando apenas que o fato se apresente “grave” o suficiente diante das circunstâncias concretas para comprometer a lisura do pleito,⁴⁹⁶ que é o bem jurídico tutelado pela ação.

A AIJE possui rito processual estabelecido no artigo 22, da Lei Complementar nº 64/90, que é regulamentado pelos artigos 23 a 36, da Resolução TSE nº 23.547/17.

antagônicas em processos em que há identidade quanto às premissas fáticas, seja porque possuem eficácia interpretativa, ao servir de filtro hermenêutico a guiar a atuação do magistrado, seja porque possuem eficácia negativa, ao obstar qualquer atuação do legislador no sentido de subtrair sua máxima efetividade (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. Reunião de processos no Direito Eleitoral quando veiculem os mesmos fatos: a proeminência constitucional da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME). In: Novos paradigmas do Direito Eleitoral. Belo Horizonte, 2016, p. 299-312). (...) 5. A ratio essendi da ação de impugnação de mandato eletivo é impedir que os mandatos eletivos sejam desempenhados por candidatos eleitos que adotaram comportamentos censuráveis durante o prélio eleitoral, com vilipêndio aos valores mais caros ao processo político, tais como a igualdade de chances entre os players da competição eleitoral, a liberdade de voto dos cidadãos e a estrita observância das disposições constitucionais e legais respeitantes ao processo eleitoral. 6. A legitimidade e a normalidade das eleições se afiguram pressupostos materiais para a investidura idônea e legítima do cidadão eleito, bem como para a consequente fruição de seu mandato eletivo.” (Recurso Especial Eleitoral nº 1090, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE, Tomo 126, Data 30/06/2017, Página 99/102).

⁴⁹⁶ Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já asseverou que “não mais se exige, para o reconhecimento da prática abusiva, que fique comprovado que a conduta tenha efetivamente desequilibrado o pleito ou que seria exigível a prova da potencialidade, tanto assim o é que a LC 64/90, com a alteração advinda pela LC 135/2010, passou a dispor: ‘Para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam’.” (Recurso Ordinário nº 172365, Acórdão, Relator(a) Min. ADMAR GONZAGA, Publicação: DJE, Tomo 40, Data 27.02.2018, Página 126-127).

3.13.2. Captação e Gastos Ilícitos em Campanha.

O art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, que foi introduzido pela Lei nº 11.300/2006, determina que qualquer partido político ou coligação possa propor representação à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, com intuito de investigar condutas ilícitas relativas à arrecadação e gastos de recursos. Este dispositivo foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro como resposta aos escândalos relativos à utilização de “caixa dois” pelos políticos na arrecadação de recursos não contabilizados.

De acordo com seu §2º do citado artigo, comprovada a captação ou os gastos ilícitos de recursos obtidos em prol da campanha eleitoral, será negada a diplomação do candidato ou, caso esta já tenha ocorrido, cassado o seu diploma.

Para o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a representação fundada nesse dispositivo legal exige não apenas ilegalidade na forma de arrecadação e gasto de campanha, mas a comprovação da má-fé do candidato na prática da conduta. Deste modo, deve ficar evidenciado o elemento subjetivo (má-fé do candidato) ao final do processo, sob pena de indeferimento do pedido⁴⁹⁷.

A representação por captação e gastos ilícitos em campanha tutela a proteção da normalidade das eleições, que deverá ser marcada pela disputa isonômica entre os candidatos. Deste modo, visa coibir qualquer conduta que se encontre incompatível com as normas referentes à arrecadação e aos gastos realizados durante a campanha eleitoral.

O rito processual adotado na representação por arrecadação ou gasto ilícito em campanha é o previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, com aplicação subsidiária do Código Eleitoral e do Código de Processo Civil. Não obstante seja aplicado o rito da AIJE, a competência da ação não é deslocada para o Corregedor do Tribunal, ficando a cargo dos juízes auxiliares o seu conhecimento.

⁴⁹⁷ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 172, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 25, Data 03/02/2017, Página 119/120.

Para o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o art. 30-A da Lei das Eleições, ao ser inserido no título que cuida da prestação de contas, não deve ser tratado sob a ótica do abuso de poder, motivo pelo qual apenas o procedimento, por expressa disposição legal, é o mesmo utilizado nas investigações eleitorais, sendo diversa a competência, o objeto e os efeitos preconizados pelo comando legal, que seguem o previsto no art. 96 da referida lei⁴⁹⁸.

3.13.3. Captação Ilícita de Sufrágio.

A captação ilícita de sufrágio, também conhecida como “corrupção eleitoral cível”, está prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997⁴⁹⁹, que foi incluído pela Lei nº 9.840/1999. A tipificação desse ilícito eleitoral é fruto de iniciativa popular oriunda de um intenso movimento social organizado por diversas associações, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que buscaram o número de assinaturas suficientes para dar iniciativa ao projeto de lei.

Desta forma, se da data do registro da candidatura até o dia da eleição o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, estará praticando a captação ilícita do sufrágio, que será punida com aplicação de multa e com a cassação do seu registro ou do seu diploma.

⁴⁹⁸ RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 28315, Acórdão, Relator(a) Min. Marcelo Henriques Ribeiro De Oliveira, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 23/02/2011, Página 15-16

⁴⁹⁹ Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990. §1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) § 2º As sanções previstas no caput aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa, com o fim de obter-lhe o voto. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) § 3º A representação contra as condutas vedadas no caput poderá ser ajuizada até a data da diplomação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) § 4º O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

De modo geral, como as demais ações eleitorais, a representação por captação ilícita do sufrágio visa a proteção do pleito eleitoral. Porém, a sua atuação é mais específica na defesa do direito à liberdade de escolha do eleitor, violada sempre que algum candidato pratica alguma das condutas descritas no art. 41-A. Além disso, por possuir natureza de ação cível/eleitoral, as penalidades impostas pela procedência da representação não elidirão a responsabilidade do candidato pela possível prática do crime de Corrupção Eleitoral previsto no art. 299 do Código Eleitoral.

Destaca-se que a promessa genérica de vantagem não é fator suficiente para ensejar a incidência do artigo 41-A. Nesta situação, a oferta do candidato deverá ensejar vantagem direta ao eleitor em troca do seu voto⁵⁰⁰.

De acordo com o art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, o candidato que doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da sua candidatura até o dia da eleição, estará sujeito as penalidades previstas para a captação ilícita de sufrágio.

Percebe-se que o próprio art. 41-A determina o preenchimento de três requisitos para que o ato praticado pelo candidato se enquadre na espécie de captação descrita. Para José Jairo Gomes⁵⁰¹, “a perfeição dessa categoria legal requer: (i) realização de uma das condutas típicas, a saber: doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal a eleitor, bem como contra ele praticar violência ou grave ameaça; (ii) fim especial de agir, consistente na obtenção do voto do eleitor; (iii) ocorrência do fato durante o período eleitoral.”

Destaca-se o requisito temporal previsto na lei, que só permite o enquadramento da conduta no ilícito eleitoral quando o fato ocorrer entre a data do registro do candidato e o dia da eleição. Isso não significa dizer que a captação irregular do voto estará isenta de punição fora do período eleitoral, mas apenas que os legitimados não poderão se valer deste mecanismo judicial para

⁵⁰⁰ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 20289, Acórdão, Relator(a) Min. Maria Thereza Rocha De Assis Moura, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 15/12/2015, Página 24-25.

⁵⁰¹ GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. São Paulo: Atlas, 12ª edição, 2016, p.632.

impugnar a sua prática. A captação ilícita é uma espécie de abuso de poder, logo, poderá ser objeto de outras ações judiciais, como a ação de investigação judicial eleitoral.

Via de regra, os efeitos da captação ilícita do sufrágio só recairão sobre o candidato beneficiado pela conduta, com exceção do previsto no art. 41-A, §2º, Lei nº 9.504/1997), que determina a responsabilização do terceiro quando este se valer de violência ou grave ameaça na execução do ato.

A lei determina que a vantagem recebida pelo eleitor seja pessoal, ou seja, deverá ser dirigida a ele, ainda que a sua consumação seja em benefício de terceiros, como nas situações em que a vantagem é oferecida ao filho em troca do voto do seu pai. Em razão disso, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) entende que a promessa genérica feita durante a campanha eleitoral, não poderá ser considerada captação ilícita do voto, pois neste caso, a vantagem prometida não possui cunho pessoal, bem como não se direciona a algum eleitor específico⁵⁰².

Em sentido contrário, a Corte Superior entendeu que a distribuição indiscriminada de combustível atenta a liberdade do voto do eleitor, pois configura a sua captação irregular. Assim, embora comum a prática de distribuição de combustível para apoiadores da campanha, com intuito proporcionar a suas participações nas carreatas, quando esta acaba sendo realizada de forma indiscriminada, isto é, atingindo não só os cabos eleitorais, mas todo um conjunto de eleitores, estará presente, ainda que implicitamente, o interesse de obtenção ilícita do voto⁵⁰³.

⁵⁰² Agravo regimental. Representação. Captação ilícita de sufrágio. 1. A exposição de plano de governo e a mera promessa de campanha feita pelo candidato relativamente ao problema de moradia, a ser cumprida após as eleições, não configura a prática de captação ilícita de sufrágio. 2. Não há como se reconhecer a conduta descrita no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 quando, a despeito do pedido de voto, não ficou comprovado o oferecimento de bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza. Agravo regimental não provido. (Agravo de Instrumento nº 196558, Acórdão, Relator(a) Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 25, Página 123).

⁵⁰³ ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. CARREATA. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. AUSÊNCIA DE CONTROLE DO DESTINATÁRIO. PEDIDO IMPLÍCITO DE VOTOS. ILÍCITO CONFIGURADO. DESPROVIMENTO. 1. A captação ilícita de sufrágio, nos

Vale mencionar que a captação ilícita do voto não comporta a sua modalidade tentada, ou seja, comprovado o oferecimento da vantagem, ainda que o eleitor não venha a recebê-la, incorrerá o candidato na prática do ilícito eleitoral ora tratado.

No que tange à possibilidade do candidato ser responsabilizado pela compra de votos feita por terceiros, o Tribunal Superior Eleitoral entendia ser necessária a presença de prova robusta comprovando a sua participação ou pelo menos a sua anuência ou conhecimento do fato, não bastando a existência de meros indícios ou presunções⁵⁰⁴. Todavia, no julgamento do Recurso Ordinário nº 224661/AM, a Corte Superior alterou seu entendimento e reconheceu a possibilidade da condenação do candidato através da utilização de indícios, sob o fundamento de que, no Direito Eleitoral, os indícios devem ser igualmente admitidos como meio de prova suficiente para a condenação, vedada apenas a

termos do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, aperfeiçoa-se com a conjugação dos seguintes elementos: (i) a realização de quaisquer das condutas típicas do art. 41-A (i.e., doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza a eleitor, bem como praticar violência ou grave ameaça ao eleitor), (ii) o fito específico de agir, consubstanciado na obtenção de voto do eleitor e, por fim, (iii) a ocorrência do fato durante o período eleitoral (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 8ª ed. São Paulo: Atlas, p. 520). 2. A mera doação de combustível a eleitores correligionários e cabos eleitorais para participação em carreata, a princípio, não caracteriza a captação ilícita de sufrágio, (REspe nº 409-20/PI, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 27.11.2012 e AgR-RCED nº 726/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 3.11.2009). 3. In casu, o Tribunal de origem assentou que a distribuição de combustível deu-se de forma indiscriminada, isto é, a entrega ocorreu em benefício de qualquer eleitor, independentemente se participante de carreata ou não. 4. A entrega irrestrita de combustível a qualquer destinatário subverte a ratio essendi da construção jurisprudencial que admite a distribuição de combustível a apoiadores voluntários para a participação em carreatas. Assim, a doação de combustível, quando realizada indiscriminadamente a eleitores, evidencia, ainda que implicitamente, o fim de captar-lhes o voto, caracterizando o ilícito eleitoral descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/97. 5. No caso vertente, houve entrega de combustível indiretamente pelos candidatos, durante o período eleitoral, de forma indiscriminada, o que revela o dolo específico de agir, consubstanciado na obtenção de voto do eleitor. Portanto, restam evidentes na espécie os elementos indispensáveis à configuração do ilícito eleitoral previsto no art. 41-A da Lei das Eleições. 6. Recurso especial desprovido (Recurso Especial Eleitoral nº 35573, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 209, Data 31/10/2016, Página 7).

⁵⁰⁴ ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VEREADOR. AIJE. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. REVOLVIMENTO. FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. 1. A aplicação das sanções previstas no art. 41-A da Lei das Eleições exige prova robusta de que o candidato participou de forma direta com a promessa ou a entrega de bem em troca do voto ou, de forma indireta, com ela anuiu ou contribuiu, não bastando meros indícios e presunções. Precedente. (Recurso Especial Eleitoral nº 38578, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 19/08/2016, Página 124)

motivação baseada em presunções sem nenhum liame com os fatos narrados nos autos⁵⁰⁵.

Comumente, as sanções estabelecidas pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 são cumulativas, comportando algumas exceções, em decorrência da impossibilidade do cumprimento da penalidade de cassação do registro ou do diploma. Dito isso, é possível a aplicação isolada da penalidade de multa em desfavor do candidato quando este, mesmo captando ilicitamente os votos, não tenha obtido êxito no pleito eleitoral⁵⁰⁶. Da mesma forma, o Tribunal Superior

⁵⁰⁵ DIREITO ELEITORAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES DE 2014. IMPUTAÇÃO DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ART. 41-A DA LEI 9.504/1997) AO GOVERNADOR E VICE-GOVERNADOR DE ESTADO DO AMAPÁ. CONFIGURAÇÃO. IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DE CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS (ART. 73, I, DA LEI 9.504/1997). AUSÊNCIA DE PROVA DE APLICAÇÃO DE RECURSOS PARA FINS ELEITORAIS. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS PARA AFASTAR IMPUTAÇÃO DA CONDUTA VEDADA. CASSAÇÃO DOS DIPLOMAS. 1. Em relação à imputação da prática de captação de sufrágio, há, no caso concreto, conjunto probatório suficientemente denso a evidenciar tanto a compra de votos por parte de terceiro não candidato, quanto a ciência do candidato em relação ao ilícito. Possibilidade de utilização de indícios para a comprovação da participação, direta ou indireta, do candidato ou do seu consentimento ou, ao menos, conhecimento da infração eleitoral, vedada apenas a condenação baseada em presunções sem nenhum liame com os fatos narrados nos autos (art. 23 da LC 64/1990). Precedentes: ED-RO 2.098; AgR-REspe 399.403.104. No caso, são elementos capazes de comprovar, além de qualquer dúvida razoável, a ciência do candidato quanto à operação de captação ilícita de sufrágio: (i) o local em que ocorreu a oferta e promessa de vantagens em troca de votos, (ii) o envolvimento, direto ou indireto, de pessoas ligadas ao candidato por vínculos político e familiar, e (iii) a relação contratual da autora da conduta com o governo estadual. Precedentes: RCED 755, AgR-REspe 8156-59, REspe 42232-85. Desprovimento dos recursos ordinários de José Melo de Oliveira e José Henrique de Oliveira quanto à configuração da captação ilícita de sufrágio, prevista no art. 41-A da Lei 9.504/1997, mantendo-se a decisão do TRE-AM no sentido de cassar os diplomas dos representados e aplicar-lhes pena de multa no valor de 50 mil Ufirs. 2. Já em relação à imputação de conduta vedada aos agentes públicos, embora os elementos contidos nos autos permitam questionar a higidez da contratação pelo Estado do Amapá da empresa de que a autora da compra de votos era sócia-gerente, não há prova suficiente de que os recursos contratuais oriundos dos cofres públicos tenham sido desviados para a compra de votos ou para outras finalidades eleitorais em benefício do então candidato à reeleição. Provimento dos recursos ordinários dos recorrentes José Melo de Oliveira, José Henrique de Oliveira, Nair Queiroz Blair, Paulo Roberto Vital, Raimundo Ribeiro de Oliveira Filho e Raimundo Rodrigues da Silva, para fins de afastar a caracterização da conduta vedada prevista no art. 73, I, da Lei 9.504/1997. 3. Determinação de realização de novas eleições diretas para governador do Amapá, na forma do art. 224, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral e dos precedentes desta Corte (ED-REspe 139-25). (Recurso Ordinário nº 224661, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 01/06/2017).

⁵⁰⁶ ELEIÇÕES 2012. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VEREADOR. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PROVA ROBUSTA. FATOS E PROVAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. 2. A cumulação das sanções por captação ilícita de sufrágio é exigida apenas quando há mandato a ser cassado. Em caso de candidato não eleito, é possível aplicar-se apenas a multa (Precedente: AgR-REspe nº 36.601/GO, Rel. Min. Arnaldo Versiani, Redator para o acórdão: Min. Marco Aurélio, DJe de 18.4.2011). (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 82763, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 194, Data

Eleitoral (TSE) entende que a renúncia do mandato ocorrida durante o curso da investigação da suposta prática de captação ilícita do sufrágio não obsta o prosseguimento da demanda, em razão da possibilidade de aplicação da pena pecuniária⁵⁰⁷. Outra exceção da acumulação das penas é o §2º do art. 41-A, em razão da impossibilidade da cassação do registro ou diploma do terceiro, restando apenas a condenação pecuniária.

Não obstante o entendimento acima exposto, nas situações em que durante o procedimento investigativo o candidato cumpre todo o seu mandato eletivo, convém referir que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) entende ser impossível a aplicação isolada da pena pecuniária. Para a Corte, o fim do mandato caracteriza a perda do objeto da representação, descabendo, assim, a continuidade do processo para cominar apenas a multa⁵⁰⁸.

Entendemos que a interpretação dada pelo TSE nesta situação não é a mais adequada para o fim a que se propõem as ações eleitorais, em especial a representação aqui tratada, uma vez que, além de buscar proteger a normalidade do pleito eleitoral, pretende salvaguardar a liberdade do eleitor na escolha dos seus representantes. Desta forma, o fim do mandato não poderá ser utilizado como fundamento para imunizar os candidatos que exerceram o cargo eletivo de forma irregular, já que o objeto investigado é a conduta ilícita cometida por este, sendo o mandato apenas uma consequência da sua prática.

13/10/2015, Página 84).

⁵⁰⁷ Recurso Especial Eleitoral nº 27008, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 153, Data 09/08/2016, Página 22.

⁵⁰⁸ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. REPRESENTAÇÃO. DEPUTADO ESTADUAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. COMPROVAÇÃO. DIPLOMA. CASSAÇÃO. MULTA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MORTE. PERDA DE OBJETO. PREJUDICIALIDADE. 1. Na espécie, com o falecimento do embargante, não há como aplicar-lhe a sanção de cassação do diploma, o que torna insubsistente a multa aplicada, nos termos do art. 41-A da Lei nº 9.504/97. 2. As sanções estabelecidas pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 (multa e cassação do registro ou do diploma) são cumulativas. Verificada a perda do objeto por força do término dos mandatos, inexistente propósito para a sequência do processo sob alegada subsistência da cominação de multa (AgR-RO nº 1538/AP, Rel. Min. Laurita Vaz, de 12.9.2013). 3. Embargos de declaração acolhidos, para consignar o prejuízo do recurso ordinário e a insubsistência da multa aplicada. (Recurso Ordinário nº 151012, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 59, Data 27/03/2014, Página 72-73).

Sobre os aspectos processuais da ação por captação ilícita de sufrágio, merece destaque o fato de que, embora o rito processual aplicável seja o do artigo 22, da Lei Complementar nº 64/1990, a competência para o processamento e julgamento da representação por captação ilícita de sufrágio está prevista no artigo 96 da Lei nº 9.504/1997.

3.13.4. Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral⁵⁰⁹.

Conta a historiografia nacional que o processo de descobrimento e colonização do Brasil foi marcado por uma cultura corrupta e personalista, tendo como marco referencial inicial a carta escrita por Pero Vaz de Caminha ao Rei Dom Manuel, já em 01.05.1500, com o pedido explícito de que seu genro (Jorge de Osório) fosse enviado à terra recém-descoberta por mero desejo pessoal daquele capitão náutico.⁵¹⁰

De lá para cá, houve uma institucionalização de condutas desviadas por parte dos detentores do poder, cuja característica marcante sempre foi – e continua sendo, infelizmente – a confusão entre o público e o privado, isto é, o uso e o abuso do poder em benefício particular, próprio ou de terceiros apaniguados, em especial durante o processo eleitoral

Pois bem, dentro dessa perspectiva, convém referenciar que o mal a ser combatido (o uso da estrutura pública em prol de projetos políticos) foi facilitado - muito, diga-se de passagem - com a promulgação da Emenda Constitucional nº 16/97, que permitiu a reeleição em nosso país para os ocupantes da Chefia do Poder Executivo, pois houve uma oficialização da antes informal diferença

⁵⁰⁹ Trecho extraído parcialmente do nosso livro “Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral”, já referenciado no presente trabalho.

⁵¹⁰ Dizia assim a parte final da citada carta: “E desta maneira dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta Vossa terra vi. E se a um pouco alonguei, Ela me perdoe. Porque o desejo que tinha de Vos tudo dizer, mo fez pôr assim pelo miúdo. E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro -- o que d'Ela receberei em muita mercê. Beijo as mãos de Vossa Alteza. Deste Porto Seguro, da Vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500. Pero Vaz de Caminha”. Disponível em: <http://www.soliteratura.com.br/biblioteca_virtual/biblioteca02f.php>.

entre as candidaturas apoiadas pelo poder político de plantão, tornando mais difícil ainda (na verdade, quase impossibilitando) que a representação popular ocorra por intermédio de processo eleitoral marcado pela igualdade de oportunidades.

Assim, com vistas a “reforçar” a legislação diante da instituição da reeleição no Brasil, merece registro a aprovação da Lei das Eleições (em especial os artigos 73 a 78), que proibiu taxativamente a prática de determinadas condutas antirrepublicanas⁵¹¹ e antidemocráticas ainda comuns no dia a dia da gestão pública brasileira, cujo título legal foi exatamente o de “condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral”.

Pode-se dizer, portanto, que essas condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral integram o sistema brasileiro anticorrupção, sendo correto conceituá-las como as previsões normativas específicas (artigos 73 a 78, da Lei nº 9.504/97) voltadas a punir todo aquele que use a estrutura pública (material ou imaterial) em benefício próprio ou de terceiro (pré-candidato, candidato, partido político ou coligação), durante todo o ano eleitoral ou certo período dele (a depender da hipótese legal), e que traz como consequência (já presumida pela lei – vide *caput* do artigo 73, da Lei nº 9.504/97) o desequilíbrio do pleito pela violação da igualdade de oportunidades que deve ser assegurada aos *players* do jogo democrático de acesso aos cargos políticos,⁵¹² cuja prática enseja a aplicação das sanções de suspensão imediata, cassação do registro

⁵¹¹ “O interesse público constitucionalmente referenciado como medida de vinculação da actividade administrativa encontra apoio no próprio princípio democrático republicano. Este exige que os titulares de órgãos, funcionários ou agentes da administração pública exerçam as suas competências e desempenhem as suas atribuições para a satisfação dos interesses da colectividade (‘do povo’, dos ‘cidadãos’) e não para a satisfação de interesses privados ou interesses das apócrifas máquinas burocráticas públicas” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. 4. ed. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II. Lisboa: Coimbra Editora, 2010, p. 796).

⁵¹² Trata-se de temática objeto de preocupação em quase todos os ordenamentos jurídicos de países que vivem em regime democrático. Citamos como exemplo a Constituição da República Portuguesa, que elencou como princípios eleitorais expressos a “igualdade de oportunidades e de tratamento das diversas candidaturas, bem como “a imparcialidade das entidades públicas perante as candidaturas” (artigo 113, nº 3, letras “b” e “c”).

ou do diploma, bem como aplicação de multa no valor de cinco a cem mil UFIR.⁵¹³

Sobre as consequências jurídicas dessas condutas vedadas, ainda existe a possibilidade da inelegibilidade, desde que seja aplicada a pena capital da cassação do registro ou do diploma do candidato, conforme aponta a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)⁵¹⁴.

Observe-se que a inelegibilidade incidirá tanto sobre o candidato beneficiado que praticou ou anuiu com a conduta vedada que ensejou a cassação do seu registro ou cancelamento do seu diploma, bem como sobre o agente público não candidato que executou o ato ilegal. Trata-se de virada da jurisprudência do TSE que deverá ser aplicada a partir das eleições de 2018⁵¹⁵.

Vejamos, pois, quais são essas condutas proibidas em ano eleitoral:

⁵¹³ De acordo com o artigo 77, §4º, da Resolução TSE nº 23.551/17, a multa pela prática de conduta vedada para as eleições de 2018 deverá ser fixada entre R\$5.320,50 (cinco mil, trezentos e vinte reais e cinquenta centavos) e R\$106.410,00 (cento e seis mil, quatrocentos e dez reais).

⁵¹⁴ “A causa restritiva do exercício do *ius honorum* prevista no art. 1º, I, j, da LC nº 64/90, demanda o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (i) decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, (ii) a prática de delitos eleitorais específicos (e.g., corrupção eleitoral, captação ilícita de sufrágio, doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha e conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais) e (iii) necessidade de o pronunciamento judicial aplicar a cassação do registro ou do diploma” (Agravado de Instrumento nº 268, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 237, Data 07.12.2017, Página 23-24).

⁵¹⁵ “24. É necessário, pois, rever a jurisprudência, porquanto a melhor interpretação da regra do art. 1º, I, j, da LC 64/90 é aquela que reconhece a incidência da inelegibilidade a quem praticou os atos que levaram à condenação da conduta vedada quando a gravidade da situação verificada leva à cassação do diploma ou do registro dos candidatos beneficiados. Nessa situação, é até possível que o candidato não venha a ser considerado inelegível se tiver demonstrado, no título condenatório, que não praticou os atos nem anuiu a eles. De outra forma, porém, os responsáveis que representam “os condenados” mencionados no início da alínea j serão sempre inelegíveis se seus atos atingirem gravidade suficiente para ensejar a cassação do diploma ou do registro dos candidatos que foram beneficiados com a conduta vedada. 25. Votação por maioria, no sentido de: (i) não incidir a inelegibilidade se o interessado não foi cassado, mesmo quando ocorra a cassação do candidato beneficiado (Ministra Luciana Lóssio e, implicitamente, Min. Gilmar Mendes); ii) a inelegibilidade incide e deve ser reconhecida no presente caso (Min. Herman Benjamin e Min. Napoleão Nunes Maia; iii) a inelegibilidade incide, mas não deve ser reconhecida no presente caso, por força da segurança jurídica (relator, Min. Luiz Fux e Min. Rosa Weber). Recursos especiais providos, por maioria.” (Recurso Especial Eleitoral nº 40487, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 27.10.2016).

MODALIDADE	TIPIFICAÇÃO LEGAL
Uso de Bens Públicos	<p>1 – Artigo 73, I, da Lei nº 9.504/97 (“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: I – ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária”);</p> <p>2 – Artigo 73, II, da Lei nº 9.504/97 (“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: II – usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram”.</p>
Cessão ou Uso de Servidores Públicos	<p>3 – Artigo 73, III, da Lei nº 9.504/97: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: III – ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado”.</p>
Distribuição Gratuita de Bens, Serviços ou Benefícios pela Administração Pública	<p>4 – Artigo 73, IV, da Lei nº 9.504/97: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: IV – fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público”;</p>

	<p>5 – Artigo 73, §10, da Lei nº 9.504/97: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:</p> <p>§10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa;</p> <p>6 – Artigo 73, §11, da Lei nº 9.504/97: Nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o §10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida”.</p>
<p>Admissão e Dispensa do Serviço Público</p>	<p>7 – Artigo 73, V, da Lei nº 9.504/97: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: V – nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, <i>ex officio</i>, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção <i>ex officio</i> de militares, policiais civis e de agentes penitenciários”.</p>

<p>Realização de Transferência Voluntária de Recursos</p>	<p>8 – Artigo 73, VI, “a”, da Lei nº 9.504/97: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: VI – nos três meses que antecedem o pleito: a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública”.</p>
<p>Publicidade Institucional</p>	<p>9 – Artigo 74, da Lei nº 9.504/97: “Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no §1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma”;</p> <p>10 – Artigo 73, VI, “b”, da Lei nº 9.504/97: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: VI – nos três meses que antecedem o pleito: b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral”.</p>
<p>Pronunciamento em Cadeia de Rádio e Televisão</p>	<p>11 – Artigo 73, VI, “b”, da Lei nº 9.504/97: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: VI – nos três meses que antecedem o pleito: c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio</p>

	e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo”.
Gastos com Publicidade Institucional	12 – Artigo 73, VII, da Lei nº 9.504/97: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: VII – realizar, no primeiro semestre do ano de eleição, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos no primeiro semestre dos três últimos anos que antecedem o pleito”.
Revisão Geral da Remuneração dos Servidores Públicos	13 – Artigo 73, VIII, da Lei nº 9.504/97: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: VIII – fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos”.
Contratação de Shows para a Realização de Inaugurações Públicas	14 – Artigo 75, da Lei nº 9.504/97: “Art. 75. Nos três meses que antecederem as eleições, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos”.
Comparecimento à Inauguração de Obra Pública	15 – Artigo 77, da Lei nº 9.504/97: “Art. 77. É proibido a qualquer candidato comparecer, nos 3 (três) meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas”.

3.14. Atos de Improbidade Administrativa.

Quando analisamos o princípio da moralidade administrativa enquanto mandado constitucional anticorrupção e discorremos brevemente sobre a Lei nº8.429/1992, falamos que atos de improbidade administrativa são aqueles praticados por agentes públicos, isoladamente ou em conluio com particulares (pessoas físicas ou jurídicas), que causam enriquecimento ilícito, dano ao erário, concessão indevida de benefícios tributários ou violação aos princípios da Administração Pública. Para a sua caracterização, não basta que esses resultados sejam fruto de um descumprimento objetivo da lei (ilegalidade), pois é preciso que se demonstre que a pessoa agiu com dolo ou culpa grave apta gerar aqueles resultados, isto é, ela quis ou assumiu o risco de produzi-los. Dito isso, percebe-se que improbidade e ilegalidade não são expressões sinônimas; ao revés, são qualificações gradativas para um ato antijurídico.

Na ilegalidade, não se faz necessário (embora seja possível) analisar o *animus* do responsável, pois simplesmente procede-se um juízo de compatibilidade ou não da conduta (comissiva ou omissiva) com a ordem jurídica (princípio da juridicidade). A consequência é simples: anulação do ato e eventual ressarcimento pelo dano causado. A improbidade, porém, reveste-se de maior carga negativa. É preciso que se demonstre que o ato, além de ilegal, traz consigo uma carga de culpa *latu sensu* por parte do agente, isto é, que ele tenha agido de maneira intencional ou, pelo menos, com culpa grave violadora dos deveres objetivos de cuidado (ausência de diligência no exercício do cargo). Por isso que se diz que a improbidade é uma ilegalidade qualificada.

Essa é a diretriz da jurisprudência há bastante tempo: “Os atos ímprobos são mais do que simples atos ilegais, possuem a qualificadora, isto é, o espírito de desprezo à coisa pública e aos seus princípios e normas éticas, circunstância que causa lesão aos cofres públicos e/ou enriquecimento ilícito do autor do fato ou de terceiros. Já ilegalidades e práticas irregulares não denotam necessariamente aspectos de má intenção e de maus desígnios, que são característicos da improbidade administrativa e integram o próprio tipo ímprobo previsto em lei. Isto porque na improbidade administrativa já existe a volição preordenada para a prática da conduta que propiciará o locupletamento frente

aos cofres públicos ou lesará o Erário, o que não é encontrável em atos simplesmente ilegais do Administrador Público. (STJ, AREsp 403.575/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018).

Comumente, fala-se apenas das 4 (quatro) espécies de atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº8.429/1992 (previstos nos artigos 9º, 10, 10-A e 11), quais sejam:

I - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito (previstos no artigo 9º), *in verbis*: Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no

art. 1º desta lei; VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

II - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário (especificados pelo artigo 10), *in verbis*: Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular,

de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço

superior ao de mercado; VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei; XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação

irregular XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

III - Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário (tipificados pelo artigo 10-A), *in verbis*: Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016).

IV - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública (elencados no artigo 11), *in verbis*: Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Sobre tais atos, cumpre ressaltar, à luz do princípio da responsabilidade pessoal subjetiva (do qual já tratamos quando da análise da legislação anticorrupção), que o entendimento jurisprudencial é o “de que, para que seja

reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciada pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.”⁵¹⁶

Não obstante isso, existem outros 4 (quatro) diplomas legais que tipificam atos de improbidade administrativa diferentes dos trazidos pela Lei nº8.429/1992, a saber:

I – As chamadas “condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral”, citadas na parte acima do presente trabalho, de acordo com o artigo 73, §7º, da Lei nº9.504/1997, representam um tipo especial de improbidade administrativa, *in verbis*: “As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.”

É importante deixar registrado que, a despeito da íntima conexão com as eleições, as ações de improbidade decorrentes dessas condutas vedadas serão julgadas na justiça comum, o que não exclui, é claro, a competência da Justiça Eleitoral para julgar a ação eleitoral por conduta vedada, cujo rito já falamos acima.

II – Outra hipótese está descrita no chamado “Estatuto das Cidades” (Lei Federal nº10.257/2001), que no seu artigo 52, diz: Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, quando: I – (VETADO) II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei; III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei; IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de

⁵¹⁶ STJ, REsp 1771593/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2019, DJe 23/05/2019. No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.518.920/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 01/06/2018; REsp 1.714.972/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25/05/2018.

uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei; V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei; VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei; VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei; VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

III - Ainda devemos lembrar que o artigo 73, da Lei Complementar nº101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), diz que “as infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.”

IV - Por fim, o artigo 32, da Lei nº12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) traz a tipificação de atos de improbidade administrativa: Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:

- I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; III - agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; VI - ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e VII - destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado. § 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no **caput** serão

consideradas: I - para fins dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, transgressões militares médias ou graves, segundo os critérios neles estabelecidos, desde que não tipificadas em lei como crime ou contravenção penal; ou II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos. § 2º Pelas condutas descritas no **caput**, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nºs 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.

A leitura de todos esses dispositivos deixa clara que o objetivo do legislador é punir os agentes públicos⁵¹⁷ que agem de maneira desleal e desonesta⁵¹⁸ para com suas entidades⁵¹⁹, muito embora o artigo 3º, da Lei de Improbidade Administrativa tenha deixado claro que as suas disposições são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, merecendo destaque ainda o teor do artigo 8º, segundo o qual “o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.”

⁵¹⁷ Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

⁵¹⁸ Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

⁵¹⁹ Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Tem-se, assim, como decorrência dessa dualidade de sujeitos ativos dos atos de improbidade uma distinção apontada pela doutrina entre improbidade administrativa própria (a dos agentes públicos) e improbidade imprópria (aquela que diz respeito aos particulares).

Pois bem, se os agentes públicos sujeitam-se, sem maiores questionamentos, à lei de improbidade administrativa⁵²⁰ de maneira isolada ou em conluio com os particulares, no caso desses últimos é preciso referir que a jurisprudência, a nosso ver de maneira equivocada, exige a participação obrigatória de, no mínimo, um agente público no ato apontado como ímprobo. Até se permite o fracionamento da questão em vários processos para fins de facilitação da imputação, mas, nesse caso, quando se estiver diante do processo

⁵²⁰ Nesse tocante, cumpre destacar que a jurisprudência nacional, seguindo posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), já firmou o entendimento de que o único agente político excluído desse regime é o Presidente da República, *in verbis*: STF: Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. (Pet 3240 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2018). No mesmo sentido, o STJ: “1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Lei de Improbidade Administrativa é aplicável aos agentes políticos, como prefeitos e vereadores, não havendo bis in idem nem incompatibilidade entre a responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei n. 201/1967. 2. O reconhecimento de repercussão geral pelo STF acerca da possibilidade de processamento e julgamento de prefeitos por atos de improbidade administrativa, com base na Lei n. 8.429/1992, nos autos do ARE 683.235/PA (reautuado como RE 976.566), Tema 576, não enseja o sobrestamento dos recursos sobre a matéria, mormente porque o relator do mencionado recurso extraordinário não proferiu decisão determinando a suspensão de todos os processos que tratam do mesmo assunto, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC/2015. Precedentes desta Corte de Justiça. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1315863/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 13/03/2018). A Primeira Turma do STJ segue igual orientação: (AgInt nos EDcl no AREsp 437.764/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 12/03/2018).

contra os “núcleos particulares ou empresariais”⁵²¹, deve-se citar de que modo se deu a conduta (positiva ou negativa) do agente público.⁵²²

Mas o leitor deve estar se perguntando o motivo pelo qual entendemos equivocada a posição da jurisprudência e respondo, com muita humildade, que tal deve-se pela circunstância dela ir de encontro ao fim da norma, que é criar um ambiente de lisura e honestidade nos atos que envolvam o Estado em geral. Antes de ser uma lei punitiva de agentes públicos, a lei de improbidade tem o fim de tutelar o interesse público difuso e coletivo à uma boa administração, que envolve, pelos múltiplos atos praticados que lhe dizem respeito, os particulares. Um exemplo vai clarificar a questão: Suponhamos que cinco empresários, momentos antes de uma licitação presencial, acordam, sem qualquer ciência ou participação de agente público, que 4 irão apresentar documentação falha ou não comparecerão para que o outro vença o certame com a chamada “carta cheia” (proposta com valores acima do mercado ou que garante o máximo de lucro possível), desde que o contratado pelo Poder Público lhes pague um valor em dinheiro ou que deixe de concorrer em outras para que possa haver um rodízio (o famoso “dividir o bolo”).

Diante desse fato corriqueiro Brasil a fora (em especial nas cidades do interior), faço algumas perguntas: Isso não é um ato imoral que vai causar prejuízo ao erário? Será justo e conforme o Direito que a única sanção a que esses empresários inescrupulosos estarão sujeitos será a ação de ressarcimento ao erário e não, por exemplo, a proibição de contratar com o Poder Público, o pagamento de multa e a suspensão dos direitos políticos nos moldes do artigo 12 da lei de improbidade administrativa? Parece-nos ser senso

⁵²¹ “Cuida-se de ação civil pública por ato de improbidade que foi desmembrada em três feitos, sendo que neste constam como réus somente particulares. O agente público pertencente aos quadros do BNDES figura como requerido em outro feito que decorreu do desmembramento.” (STJ, AREsp 1109341/PA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 02/03/2018).

⁵²² “É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual somente é possível a análise da responsabilização de particular, por ato de improbidade administrativa, se este for atribuído, concomitantemente, a agente público, restando inviável o ajuizamento de ação civil pública de improbidade administrativa exclusivamente em face do eventual terceiro beneficiário.” (AgInt no REsp 1442570/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017).

comum que a resposta a primeira pergunta é sim, ao passo que não para a segunda. Observe-se que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica trazida pela lei anticorrupção (Lei nº12.846/2013) não incide no caso, pois ela diz respeito às pessoas jurídicas e não os seus representantes, que serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

Outra questão interessante diz respeito à possibilidade de configuração da tentativa de improbidade, isto é, se à míngua de previsão legal seria possível a condenação quando o ato desonesto não se consuma por motivos alheios à vontade do agente. Via de regra, os defensores da tese referem-se ao caso da licitação pré-ordenada que não consegue ultimar tal fim por ação dos órgãos de controle (interno ou externo), ou quando sobrevém decisão judicial suspendendo os efeitos de ato administrativo voltado a causar dano ao erário ou enriquecimento ilícito.⁵²³

⁵²³ Vejamos um precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nesse sentido: “5. A análise dos argumentos dos recorrentes exige uma breve digressão a respeito dos fatos que subjazem a demanda, na forma como descritos no acórdão recorrido, pois vedada a análise do conjunto fático-probatório a esta Corte Superior por sua Súmula n. 7. 6. Tem-se, no início, ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público estadual competente em face de ex-Prefeito e de certa empresa e seus dirigentes na busca de evitar danos causados ao erário que poderiam ser causados por eventual desapropriação amigável levada a cabo pelos réus (ora recorrentes). 7. Isto porque o terreno desapropriado foi originalmente adquirido pela empresa ré, em 1994, pelo valor aproximado de R\$67.000,00 (sessenta e sete mil reais), tendo sido a escritura lavrada no valor de R\$27.000,00 (vinte e sete mil reais, também arredondados). Ocorre que, em 1995, o ex-Prefeito recorrente, pretendendo doar a área a empresários, assinou decreto que declarava o imóvel como de utilidade pública para fins de desapropriação, tendo conseguido também que o Legislativo aprovasse lei municipal autorizando o Executivo a adquirir o bem imóvel pelo valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) - ganhando, aí, relevância que tudo ocorreu em período marcado por baixos índices de inflação. Frise-se, também, existirem provas robustas do conluio e da má-fé com que agiram todos as partes envolvidas. 8. Pontue-se que, liminarmente, foi deferida medida judicial que limitava o valor a ser pago pela desapropriação à quantia inicial despendida pela empresa ré - i. e., sessenta e sete mil reais. E esta limitação, de fato, foi mantida pela sentença de parcial procedência e seguida pelos réus, os quais, todavia, vieram a ser condenados por improbidade administrativa (com aplicação de suspensão de direitos políticos e perda da função pública, no que tange ao ex-Prefeito recorrente, e, em relação aos demais réus, com proibição de contratação e recebimento de incentivos do Poder Público). 9. Os recorrentes aduzem, então, que a incidência do art. 10 da Lei n. 8.429/92 exige que tenha havido dano ao erário, o que não estaria configurado na espécie, pois a desapropriação processou-se nos termos posto pela sentença (pelo valor de R\$67.000,00). Para reforçar esta tese, aduzem que existe diferença entre patrimônio público e erário e que, embora o art. 21 da Lei n. 8.429/92 dispense o dano ao patrimônio público, o enquadramento da conduta reputada ímproba no art. 10 do mesmo diploma normativo exige a ocorrência do dano material, econômico-financeiro. 10. Impossível acolher a linha de argumentação do especial. Três motivos.11. Em primeiro lugar porque os réus sempre se defendem dos fatos, e não de sua capitulação legal, de modo que, embora o art. 10 da Lei n. 8.429/92 possa ter embasado a inicial, a improbidade administrativa teria ficado plenamente configurada a teor do art. 11 da Lei n. 8.429/92 e de tudo quanto ficou consignado como incontroverso nos autos. 12. Em segundo

Com a devida vênia aos que pensam diferente, parece-nos equivocada essa linha de pensamento.

Primeiro, deve-se atentar para o fato de que todo ato de improbidade administrativa traz consigo ínsita a ideia de desonestidade (moral ou patrimonial), e, por conseguinte, violação aos princípios da Administração Pública. Assim, o que a lei faz nas diversas modalidades ímprobos tipificadas é acrescentar à violação principiológica outro dado normativo especializante (enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou concessão indevida de benefício tributário) que justifica a exasperação das penas cominadas. Ora, se a fraude licitatória estava toda preparada e já com atos de execução praticados (publicação de edital, parecer jurídico, sessão licitatória etc), mas ela não se consuma por circunstâncias alheias, está claro que já houve violação aos deveres de honestidade e lealdade dos agentes públicos para com as suas

lugar porque, se é verdade que existe diferença entre os conceitos de "erário" e "patrimônio público", não é menos verídico que o art. 21 da Lei n. 8.429/92, ao dispensar a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, tornou despicenda a lesividade ao conceito-maior, que é o de "patrimônio público" (o qual engloba o patrimônio material e imaterial da Administração Pública). Daí porque, se fica legalmente dispensado o dano ao patrimônio material e ao patrimônio imaterial (o "mais"), também está dispensando - dentro da desnecessidade de dano ao patrimônio material - o prejuízo ao erário (o "menos"). 13. Em terceiro lugar, e aqui parece importantíssimo asseverá-lo, porque o art. 21, inc. I, da Lei n. 8.429/92, segundo o qual "[a] aplicação das sanções previstas nesta lei independe [...] da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento", tem como finalidade ampliar o espectro objetivo de incidência da Lei de Improbidade Administrativa para abarcar atos alegadamente ímprobos que, por algum motivo alheio à vontade dos agentes, não cheguem a consumir lesão aos bens jurídicos tutelados - o que, na esfera penal, equivaleria à punição pela tentativa. 14. Esta conclusão é intensificada pela redação mesma dos incisos do art. 12 da Lei n. 8.429/92, que condicionam apenas o ressarcimento integral do dano à ocorrência efetiva do prejuízo suportado pelo erário. 15. É por isso, inclusive, que esta Corte Superior vem manifestando-se pela natureza meramente reparatória do ressarcimento integral do dano, afastando-lhe, portanto, o caráter punitivo/sancionatório. Precedentes. 16. Assim sendo, não existe ofensa aos arts. 10 e 21 da Lei n.8.429/92 na espécie, pois o acórdão deixa claro (e os recorrentes não contestam isto no especial), que pela desapropriação só foi pago o justo valor por conta da atuação preventiva do Ministério Público, chancelada por medidas do Judiciário. 17. Inclusive, é de se felicitar a atuação cirúrgica do Parquet estadual que, para além de impugnar a desapropriação em si - dando margem à discussão que poderiam envolver o próprio mérito administrativo -, apenas fez resguardar, com sensibilidade, técnica e deferência à (possivelmente alegada) discricionariedade administrativa, o patrimônio público. 18. Por fim, esta Corte Superior admite a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente. Precedente: Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 4.3.2010. 19. Recurso especial não provido." (REsp 1014161/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 20/09/2010).

instituições, bem como malferimento aos Princípios Constitucionais da Administração Pública, autorizando o ajuizamento da ação de improbidade pela prática do ato previsto no artigo 11.

Além desse intransponível óbice lógico-jurídico, deve-se observar que estamos diante de direito sancionador, sendo inviável o uso da analogia *in malam partem* para usar norma penal que sequer foi remetida pela lei de improbidade ou por qualquer norma do sistema anticorrupção.⁵²⁴

Quanto à questão da cogitação, não pode haver qualquer tipo de punição, já que nem mesmo o Direito Penal o faz⁵²⁵. E, por fim, sobre a desistência voluntária, o agente só responderá pelo que tenha feito até aquele marco, quando será possível, sim, a punição por violação aos princípios.⁵²⁶

⁵²⁴ “É ainda a necessidade de previsão legal que impossibilita a utilização analógica do inciso II do art. 14 do CP, já que, em Direito Punitivo, o emprego da analogia somente pode beneficiar (*in bonam partem*), nunca prejudicar (*in malam partem*). Não se pode, portanto, utilizar a analogia para criar uma norma de extensão, pois essa admissibilidade implicaria criar por meio não legal um tipo, mesmo que secundário, mas apto a ampliar o tipo principal, de modo a abranger os atos executórios da infração. Como todos os atos de improbidade administrativos são dolosos, em princípio, pelo menos em face do elemento subjetivo, seria possível admitir a figura tentada. Acontece que os atos de improbidade administrativa são todos qualificados pelo resultado, isto é, somente temos como consumado o art. 9º da LIA se do ato desonesto decorrer enriquecimento ilícito; apenas temos como consumado o art. 10 da LIA, se do ato desonesto decorrer lesão ao erário (idem, art. 10-A); e somente temos como consumado o art. 11 da LIA, se o ato desonesto violar apenas os princípios administrativos. Não é possível, portanto, admitir a tentativa no art. 9º, porque o ato desonesto sem a presença do enriquecimento ilícito nos levaria a classificá-lo como simples violação de princípios, por exemplo. Se o agente recebe a vantagem ilícita, mas não pratica o ato correspondente, a infração já se consumou porque o tipo não exige a prática de um ato futuro, mas pune a conduta de receber vantagem indevida em razão do cargo. É possível que mediante escuta telefônica se flagre algum agente público negociando a venda de um alvará de funcionamento. Até esse momento, embora o agente tenha aceitado receber, não está consumada a infração do art. 9º. Para que isso ocorra temos de estar diante do aumento patrimonial indevido. Não estamos discutindo se a conduta de negociar a venda de alvará de funcionamento é ímproba; quanto a isso, não temos qualquer dúvida. Porém, é preciso verificar em que local da LIA ela está inserida (arts. 9º, 10, 10-A ou 11). (SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa*(...), p.110).

⁵²⁵ “A cogitação significa a ideação do crime (ideação criminosa), não implicando necessariamente na sua premeditação (cogitar a prática de um crime não significa premeditar o delito). Cuida-se de fase interna, é dizer, que pertence única e exclusivamente a mente do indivíduo. Por tal motivo, a cogitação é sempre impunível, desdobramento lógico do princípio da materialização ou exteriorização do fato, já estudado em tópico próprio. A punição das ideias (sem delas decorrer qualquer fato) significaria exumar o direito penal do autor. (CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, 5ª edição, 2017, p.371).

⁵²⁶ No mesmo sentido: “Diferentemente da esfera penal, a Lei n.8.429/1992 não possui uma norma de adequação típica semelhante ao art. 14 do Código Penal, o que inviabiliza a ampliação da tipologia prevista nos arts. 9º, 10 e 11 daquele diploma legal às hipóteses em que seja

Tema igualmente polêmico é a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para absolver o réu ou extinguir ações de improbidade administrativa. Apesar das decisões inicialmente favoráveis a essa tese⁵²⁷, hoje, com a edição da Súmula nº 599, do Superior Tribunal de Justiça (em novembro de 2017), segundo a qual não se aplica a insignificância aos crimes contra a Administração Pública, a questão deve ser resolvida de uma vez por todas a favor da tese negativa, uma vez que a lei de improbidade tutela não só o erário público, mas a moralidade administrativa, que é insuscetível de valoração econômica⁵²⁸. Não há, por critério lógico, ato meio imoral: ou o é por completo, ou é moral.

identificada a incompleta concreção do tipo objetivo, vale dizer, às situações em que resulte clara a vontade do agente, mas não seja constatada a efetiva violação do bem jurídico tutelado. Apesar disso, ainda que não seja divisado o enriquecimento ilícito ou o dano ao patrimônio público, por não ter o agente avançado na utilização dos mecanismos que idealizara, inexistirá óbice à apuração de sua responsabilidade em sendo demonstrado que efetivamente infringira os princípios regentes da atividade estatal antes que fatores externos o impedissem de prosseguir. Deve-se frisar, uma vez mais, que não obstante resulte clara a vontade do agente, não haverá que se falar em improbidade se não for iniciada a execução do ato inquinado de ilícito. *In casu*, a mera cogitação não consubstanciará ilícito algum; a eventual prática de atos preparatórios será passível de punição se, individualmente considerados, estiverem em dissonância com os princípios regentes da atividade estatal, o mesmo ocorrendo em relação aos atos de execução praticados anteriormente à involuntária interrupção da empreitada. Desistindo o agente voluntariamente de prosseguir em sua atividade, haverá de responder pelos ilícitos até então praticados, a exemplo do que ocorre na esfera penal.” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. (...) p.426).

⁵²⁷ Dentre elas, destaco: “3. Ademais, o ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal: de minimis non curat Praetor.” (STJ, REsp 1536895/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 08/03/2016).

⁵²⁸ Esse já era o entendimento das duas Turmas Criminais e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pouco antes da aprovação da Súmula 599. Senão, vejamos: 1 - “[...] Este col. Tribunal possui entendimento no sentido da impossibilidade, em regra, de se aplicar o princípio da insignificância ao crime praticado contra a Administração Pública, uma vez que a norma busca resguardar também a moral administrativa (precedentes). [...]” (AgRg no REsp 1511985 PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 01/09/2015) 2 - “[...] É inaplicável o princípio da insignificância aos crimes praticados contra a Administração Pública, pois a norma penal visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica [...]” (AgRg no HC 188151 SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 07/03/2016). 3 - “[...] Alegou a incidência do ‘princípio da insignificância’, que se dispensará de abordar, dada a total dissociação com a realidade dos fatos. De qualquer sorte, é firme a jurisprudência do STJ de que não aplica o princípio aos crimes contra a administração pública, uma vez que a norma visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica [...]” (APn 702

Sobre os aspectos procedimentais, destacamos que:

I – De acordo com o artigo 19, constitui crime, punível com detenção de seis a dez meses e multa, a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

II – Já o artigo 14, estabelece que qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. Além disso, o §1º diz que a representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterà a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento. Se, porém, a representação não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º, a autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado. Por fim, a rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

III – O artigo 15, por sua vez, diz que a comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade e que tais instituições poderão, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo. Também deve-se observar que, para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

IV – O artigo 17, *caput*, pontifica que a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada⁵²⁹⁵³⁰, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

AP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/06/2015, DJe 01/07/2015).

⁵²⁹ De todo modo, a participação do Ministério Público no feito é obrigatória sempre, sob pena de nulidade, como aponta o §4º, *in verbis*: O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

⁵³⁰ Diz o § 13: “Para os efeitos deste artigo, também se considera pessoa jurídica interessada o ente tributante que figurar no polo ativo da obrigação tributária de que tratam o § 4º do art. 3º e

Nesse tocante, vale lembrar que quando estivermos diante de decisão judicial que defira várias medidas cautelares (indisponibilidade patrimonial, quebra de sigilo bancário/fiscal, afastamento do cargo etc), o prazo inicia-se a partir da efetivação da primeira delas e não da data em que foi proferida⁵³¹ e tem como consequência a cessação dos seus efeitos⁵³².

Já o §3º diz que no caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, o que significa dizer que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente.

Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. Ou seja, há um juízo preliminar de defesa, que, se descumprido, não enseja a decretação automática de nulidade, dependendo sempre de

o art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.” (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016).

⁵³¹ “O prazo para a propositura da ação principal conta-se a partir da efetivação da medida cautelar preparatória pleiteada e não da respectiva intimação.” (STJ, AgRg no REsp 1410830/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015).

⁵³² AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CAUTELAR. DEFERIMENTO LIMINAR DO PEDIDO. EFETIVAÇÃO DA MEDIDA. PEDIDO PRINCIPAL. AJUIZAMENTO. PRAZO. 30 DIAS. SUPERAÇÃO. REEXAME. SÚMULAS N. 7 E 482 DO STJ. 1. Concluído pelo Tribunal de origem que o pedido principal foi ajuizado além do prazo de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar, deferida liminarmente, o reexame da questão, na hipótese, encontra o óbice de que trata o enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. 2. Nos termos do verbete n. 482 da Súmula do STJ, “A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar.” 3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 1073848/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 11/05/2016).

comprovação do prejuízo efetivo à parte⁵³³. Ademais, nessa fase inicial vigora o princípio *in dubio pro societate*, de modo que “a ação de improbidade administrativa só deve ser rejeitada de plano se o órgão julgador se convencer da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, de tal sorte que a presença de indícios da prática de atos ímprobos é suficiente ao recebimento e processamento da ação, uma vez que, nessa fase, impera o princípio do *in dubio pro societate*.”⁵³⁴

Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito.

Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação.

Segundo o §1º, é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput, dispositivo esse que, segundo a doutrina majoritária está revogado, como vimos quando da análise do princípio da consensualidade punitiva do sistema brasileiro anticorrupção.

Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.

V – Dentre as medidas cautelares patrimoniais, vimos quando da análise do princípio da reparação integral do dano que não é preciso demonstrar qualquer ato de dilapidação patrimonial para a sua decretação.

⁵³³ “No tocante ao argumento de que houve violação do art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92, pela ausência de oportunidade para defesa prévia, e, consequentemente, nulidade absoluta das decisões e atos processuais posteriores à citação, é jurisprudência desta Corte Superior que haverá, na ausência de notificação do acusado para defesa preliminar, nulidade relativa, desde que haja comprovação de prejuízos, o que não ocorreu no caso em análise. Nesse sentido: REsp n. 1.358.338/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 9/8/2016, DJe 2/2/2017. Portanto, a existência de nulidade para a hipótese prevista no Tema n. 344 desta Corte está condicionada à existência e comprovação de prejuízo, o que não ocorreu nestes autos.” (STJ, AgInt no AREsp 1315771/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 02/04/2019).

⁵³⁴ STJ, AgInt no REsp 1600528/CE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 12/03/2018.

VI – Ainda no âmbito das medidas cautelares, registramos a possibilidade de afastamento das funções públicas, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (artigo 20, parágrafo único)⁵³⁵.

Sobre esse dispositivo, a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é enfática ao dizer que somente quando houver elementos de prova concretos no sentido de que o agente esteja interferindo na livre produção da prova (ou se for flagrado na tentativa de fazê-lo), é que deve ser efetivada essa medida⁵³⁶, cujo poder é da autoridade administrativa e da judicial, de maneira concomitante concomitante.

Aqui, precisamos mais uma vez refletir sobre a correção dessa interpretação e a vigência desse dispositivo legal. Senão, vejamos.

Em primeiro lugar, chama a atenção o fato de um agente público responsável (direta ou indiretamente) por desvios de verbas públicas ou fraudes documentais e licitatórias (para ficar nos atos mais corriqueiros e que envolvem ardis e trapagens para a sua prática) poder permanecer no exercício do cargo que lhe deu o poder e as facilidades necessárias para a prática – e futura reiteração - daquelas condutas ímprobas/ criminosas, bem como para usar o seu poder de influência e o *status* de superior hierárquico para ocultar as provas documentais dos fatos e intimidar, ainda que com a simples presença (indicativa de impunidade), os subordinados que, via de regra são as testemunhas oculares dos fatos⁵³⁷.

⁵³⁵ Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

⁵³⁶ “3. Em se tratando de improbidade administrativa, só há uma hipótese tolerável de intervenção do Poder Judiciário nos demais Poderes para afastar agentes políticos: Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92. 4. Vale dizer: a gravidade dos ilícitos imputados ao agente político e mesmo a existência de robustos indícios contra ele não autorizam o afastamento cautelar, exatamente porque não é essa a previsão legal. 5. A decisão que determina o afastamento cautelar do agente político por fundamento distinto daquele previsto no Art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, revela indevida interferência do Poder Judiciário em outro Poder, rompendo o delicado equilíbrio institucional tutelado pela Constituição.” (SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 2.452 – BA, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 01/02/2019). No mesmo sentido:

⁵³⁷ Na mesma linha de pensamento que defendemos, conferir: “É evidente que algumas posturas são facilmente tipificáveis na conduta descrita no art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, tais

Em segundo lugar, analisando-se o ordenamento jurídico em uma perspectiva macro, é, no mínimo esdrúxula, a hipótese desse agente poder ser afastado criminalmente em uma cautelar penal para evitar exatamente a reiteração delitiva e a prisão preventiva, mas não existir essa possibilidade na ação de improbidade administrativa. Como se sabe, o afastamento da função pública foi inserido no artigo 319 do Código de Processo Penal por meio da Lei nº 12.402/2011 especificamente “quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”, o que denota que esse deve ser o norte a ser seguido⁵³⁸.

Não faz sentido algum na seara penal (de maior garantia aos investigados dada a superior gravidade dos ilícitos a ela submetidos) a reiteração permitir a proteção ao erário público contra novas investidas e, no campo civil ou administrativo, tal não ser possível.

Nenhum governante público possui o direito absoluto de continuar saqueando e concorrendo para a lesão dos cofres públicos. Ao contrário, todo agente público e político deve zelar pelo mais irrestrito respeito da coisa pública, sob pena das severas reprimendas tipificadas no ordenamento jurídico pátrio. Por outro lado, isso significa dizer que o povo tem direito a

como a coação de testemunhas e o desvio de documentos. Entendo, entretanto, que mesmo quando não houver indícios de tais condutas, ainda assim será possível o afastamento cautelar, sempre que a mera permanência do investigado no cargo possa gerar uma natural intimidação das testemunhas, ainda que implícita, seja em razão de sua superioridade hierárquica, seja em razão de sua postura revanchista contra aqueles que se dispõem a testemunhar contra ele.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*. São Paulo: Método, 7ª edição, 2019, p.307-308).

⁵³⁸ Nesse sentido, conferir o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ): RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA/USO DE DOCUMENTO FALSO. FRAUDE PROCESSUAL. MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DE CARGO PÚBLICO SEM PREJUÍZO DOS VENCIMENTOS DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. DELITOS COMETIDOS PARA INTERFERIR EM PROCESSOS CRIMINAIS E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. A Lei 12.403/2011 estabeleceu a possibilidade de imposição de medidas alternativas à prisão cautelar, no intuito de permitir ao magistrado, diante das peculiaridades de cada caso concreto, mediante decisão fundamentada e dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, resguardar a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. 2. Considerando que os delitos supostamente praticados estão diretamente relacionados ao cargo ocupado pelo acusado, bem como que o escopo das falsificações seria interferir em processos criminais e ações de improbidade administrativa já ajuizadas pelo Ministério Público, não se constata qualquer mácula na decisão que determinou a suspensão do exercício da função pública (art. 319, VI, do CPP). 3. Recurso ordinário desprovido. (RHC 78.427/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017).

um governo justo e ético, sob pena de se legitimar uma ditadura da ilegalidade!

Em situações como as apresentadas acima, em que há incontestável manipulação de documentos públicos, a instrução processual está – e continuará - em risco concreto caso esses gestores desonestos continuem à frente da coisa pública, pois poderão eles insistir em fazer uso de toda a sua habilidade criminosa para a continuidade da falsificação de documentos públicos, desta feita a seu favor! Trata-se de algo mais do que verossímil: é o instinto de defesa e reação⁵³⁹.

Observe-se que, via de regra, a Corte da Cidadania considera 180 (cento e oitenta) dias como prazo razoável de duração da medida de afastamento, sendo que a reiteração ímproba (indicada por outras ações ajuizadas em desfavor do mesmo requerido) e outras condutas tendentes a afetar a instrução podem justificar eventual prorrogação⁵⁴⁰.

Para finalizar, destaco que se um pedido de afastamento for indeferido liminarmente e sem a oitiva da parte contrária, isso “não proíbe que o pedido de afastamento seja eventualmente renovado nos autos com base em novos elementos que comprovem o cabimento da medida.” (STJ, REsp 1177290/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010).

⁵³⁹ Nesse sentido, o mesmo Superior Tribunal de Justiça já decidiu: PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. AFASTAMENTO DE PREFEITO. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. A norma do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429, de 1992, que prevê o afastamento cautelar do agente público durante a apuração dos atos de improbidade administrativa, só pode ser aplicada em situação excepcional, como a dos autos. Hipótese em que a medida está fundada na existência de indícios de manipulação dos documentos públicos relativos às irregularidades apuradas, bem como na influência do requerente na produção da prova testemunhal, o que evidencia risco efetivo à instrução processual. Agravo regimental não provido. (AgRg na SLS 1382/CE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2011, DJe 23/09/2011).

⁵⁴⁰ “Não se desconhece o parâmetro temporal de 180 (cento e oitenta) dias concebido como razoável por este eg. Superior Tribunal de Justiça para se manter o afastamento cautelar de prefeito com supedâneo na Lei de Improbidade Administrativa. Todavia, excepcionalmente, as peculiaridades fáticas, como a existência de inúmeras ações por ato de improbidade e fortes indícios de utilização da máquina administrativa para intimidar servidores e prejudicar o andamento das investigações, podem sinalizar a necessidade de alongar o período de afastamento, sendo certo que o juízo natural da causa é, em regra, o mais competente para tanto.” (STJ, AgRg na SLS 1.854/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/03/2014, DJe 21/03/2014).

VII – Quanto às sanções para os atos de improbidade administrativa, o artigo 37, §4º, da Constituição Federal traz um rol mínimo, consistente em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (artigo 37, §4º), tendo o artigo 12, da Lei nº 8.429/1992 trazido novas sanções e estabelecido uma gradação punitiva a partir do ato cometido⁵⁴¹.

No tocante à perda da função pública, deve-se destacar a divergência jurisprudencial existente nas duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça: a Segunda impõe a medida para o cargo público que o condenado esteja exercendo no momento do trânsito em julgado, ainda que seja outro diverso daquele em que o mesmo praticou o ato contestado⁵⁴². Nesse caso, até

⁵⁴¹ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009). I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

⁵⁴² “III. No caso, o agravante foi eleito Prefeito do Município de Eldorado/SP, afastando-se do seu cargo de Escrivão da Polícia Civil. Posteriormente, em decorrência da prática de ato de improbidade, ocorrido quando exercia o cargo de Prefeito, fora condenado, dentre outras sanções, à pena de "perda de eventual função pública". Transitada em julgado a sentença condenatória, em cumprimento à decisão judicial o Governador do Estado de São Paulo declarou a perda do cargo público de Escrivão de Polícia, então ocupado pelo agravante. IV. Levando em consideração que (a) a sentença condenatória, transitada em julgado, foi expressa ao impor, ao agravante, a sanção de "perda de eventual função pública", e (b) o disposto no art. 20 da Lei 8.429/92, segundo o qual "a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória" a discussão acerca do alcance da pena da perda da função pública imposta ao agravante - se seria somente o cargo de Prefeito ou se abrangeria qualquer função pública eventualmente ocupada - deveria ter sido feita nos autos da ação em que imposta referida sanção, sob pena de ofensa à coisa julgada. V. Ainda

mesmo a cassação de eventual aposentadoria pode ser decretada como consequência direta da perda do cargo pelo qual se aposentou⁵⁴³.

Já a Primeira Turma segue a diretriz hermenêutica que limita a sanção de perda do cargo àquele vinculado ao ato ímprobo pelo qual esteja sendo condenado⁵⁴⁴).

que assim não fosse, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que "a sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irreversível" (STJ, REsp 1.297.021/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/11/2013). Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.701.967/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/02/2019). VI. Na forma da jurisprudência, "para efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, o conceito de função pública alcança conteúdo abrangente, compreendendo todas as espécies de vínculos jurídicos entre os agentes públicos, no sentido lato, e a Administração, a incluir o servidor que ostenta vínculo estatutário com a Administração Pública, de modo que a pena de perda de função pública prevista na Lei 8.429/1992 não se limita à exoneração de eventual cargo em comissão ou destituição de eventual função comissionada, alcançando o próprio cargo efetivo. (...) 'A sanção relativa à perda de função pública prevista no art. 12 da Lei 8.429/92 tem sentido lato, que abrange também a perda de cargo público, se for o caso, já que é aplicável a 'qualquer agente público, servidor ou não' (art. 1º), reputando-se como tal (...) todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior' (art. 2º)" (REsp 926.772/MA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 11/05/2009)" (STJ, MS 21.757/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 17/12/2015). VII. A Segunda Turma do STJ, apreciando caso similar ao dos autos (STJ, RMS 32.378/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/05/2015), decidiu pela desnecessidade de instauração de prévio processo administrativo disciplinar, pois, na hipótese, o ato que declara a perda do cargo público está apenas dando cumprimento à decisão judicial transitada em julgado. VIII. Agravo interno improvido. (AgInt no RMS 50.223/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 13/05/2019).

⁵⁴³ "Além disso, não se pode olvidar da possibilidade de aplicação da pena de cassação de aposentadoria, ainda que não haja previsão expressa na Lei n. 8.429/92, na medida em que se apresenta como uma decorrência lógica da perda de cargo público, sanção essa última expressamente prevista no referido texto legal. Nesse sentido: MS 20.444/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/11/2013, DJe 11/3/2014; AgRg no AREsp 826.114/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/4/2016, DJe 25/5/2016." (STJ, AgInt no REsp 1628455/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 12/03/2018).

⁵⁴⁴ "A Primeira Turma do STJ orienta-se no sentido de que as normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva, motivo pelo qual a sanção de perda da função pública do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode atingir cargo público diverso ocupado pelo agente daquele que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita. Precedentes: AgRg no AREsp 369.518/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 28/3/2017; EDcl no REsp 1.424.550/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 8/5/2017." (Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1423452/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 13/03/2018).

Finalizando a questão das sanções, deve-se observar que, no silêncio do juiz quanto ao período de suspensão dos direitos políticos, aplica-se o menor prazo previsto para o ato de improbidade no artigo 12 da LIA. Se o agente condenado não for remunerado pelo Poder Público, o STJ entende que a multa será de 100 vezes o salário mínimo.

E, por fim, “as sanções por ato ímprobo passam a ser entendidas como pedidos implícitos” (STJ, AgRg no REsp 1.324.787/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 24/3/2015, DJe 9/4/2015.” (AgInt no REsp 1628455/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 12/03/2018).

VIII – Quanto à prescrição, o artigo 23 traz três marcos temporários específicos para a sua ocorrência: Senão vejamos: a) até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança (inciso I); b) dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego (inciso II); c) até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei (inciso III).

Da leitura dos dispositivos, percebe-se que o inciso I trata das pessoas com vínculos temporários ou precários com a Administração Pública, ao passo que o seguinte versa sobre os casos de ocupantes de cargos efetivos ou empregos públicos nas pessoas jurídicas citadas no artigo 1º da lei e, por fim, o inciso III discorre sobre os prazos alusivos aos atos de improbidade praticados contra as pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do artigo 1º.

Muito bem, a despeito do prazo geral ser de 5 (cinco) anos, salvo o caso do inciso II (do qual falaremos mais à frente), precisamos fazer algumas observações sobre omissões pontuais da lei, mas que já foram resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência:

VIII.1 – Em primeiro lugar, deve-se destacar que, apesar de não ter sido feita referência ao prazo prescricional para o caso dos particulares que induzam, concorram ou se beneficiem dos atos ímprobos, o entendimento

consolidado da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que a eles se aplica o mesmo prazo dos agentes públicos⁵⁴⁵. Nesse sentido, a recente Súmula nº634 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): Ao particular aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na lei de improbidade administrativa para os agentes públicos.

VIII.2 – No caso dos agentes públicos ocupantes de mandatos políticos temporários, se houver reeleição para o mesmo cargo sem afastamento para disputar o pleito, o prazo só começa a correr após o fim do segundo mandato⁵⁴⁶. Se, porém, houver eleição para outro cargo no âmbito da mesma entidade política, o prazo começa com o fim do mandato anterior. Já quando houver a necessidade de afastamento definitivo (também chamado de desincompatibilização definitiva no Direito Eleitoral – vide Lei Complementar nº64/1990 e o artigo 14, §5º, da Constituição Federal), o prazo começa a fluir a partir do dia seguinte à cessação do vínculo até então existente.

VIII.3 – Já para os demais casos, incluindo-se aí a situação dos contratados temporários (artigo 37, IX, da Constituição Federal), o prazo geral estabelecido pelo inciso I do artigo 23 inicia-se no dia seguinte ao desligamento funcional da Administração Pública⁵⁴⁷. Nesse tocante, é

⁵⁴⁵ “A teor do art. 3º da LIA, ‘As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta’. Portanto, as regras da Lei de Improbidade, por força do preceituado nos seus arts. 2º e 3º, alcançam também os particulares que, de qualquer forma, tenham concorrido para o ato acoimado de ímprobo. III - Logo, não têm os particulares que concorreram, “em tese”, para a prática do ato ímprobo o direito à contagem individualizada dos prazos prescricionais, aplicando-se a eles os prazos e termos iniciais previstos na LIA. Precedentes.” (STJ, REsp 1789492/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 23/05/2019).

⁵⁴⁶ “Com relação à mencionada afronta ao art. 23, I, da Lei 8.429/1992, verifica-se que o posicionamento adotado pelo juízo a quo coaduna-se com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de que o termo inicial do prazo prescricional da Ação de Improbidade Administrativa, no caso de reeleição de agente político, começa a correr somente após o término ou cessação do segundo mandato, porque, embora distinto do primeiro, há continuidade do exercício da função pública, com a permanência do vínculo existente entre o agente e o ente político, considerando que a lei não exige o afastamento do cargo para a disputa de novo pleito eleitoral. (STJ, AgInt no REsp 1720000/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 06/03/2019).

⁵⁴⁷ “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se firmado no sentido de que, nas ações por improbidade administrativa, o prazo prescricional deve ser contado a partir do dia subsequente ao encerramento do vínculo do agente com a Administração Pública. Inteligência do art. 23, I, da Lei 8.429/1992.” (REsp 1732761/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN,

preciso ter muito cuidado com uma figura conhecida como “servidor canguru” (aquele que fica sendo designado de maneira sucessiva para diversos cargos comissionados, sem perder vínculo com a Administração Pública), circunstância que faz com que “o termo a quo da prescrição relativa a ato de improbidade administrativa é o momento do término do último exercício, quando da extinção do vínculo com a Administração.”⁵⁴⁸

VIII.4 – Ainda que tenha havido concurso de agentes na consumação do ato ímprobo, o prazo deve ser considerado individualmente a partir da condição de cada um dos envolvidos, “haja vista a própria natureza subjetiva da pretensão sancionatória e do instituto em tela.” (STJ, REsp 1230550/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018).

VIII.5 – Se, por acaso, o agente for servidor efetivo e ocupar algum cargo comissionado aplica-se a regra do inciso II, isto é, o prazo só começa com o desfazimento do vínculo permanente⁵⁴⁹.

VIII.6 – Cuidando-se de ato de improbidade praticado por servidores públicos estatutários e empregados públicos, o inciso II diz que deve ser aplicado o prazo previsto nas respectivas leis disciplinares para a aplicação da pena de demissão, de modo que não haverá uniformidade, pois cada ente político tem competência legislativa plena para estabelecer o prazo que julgar mais conveniente. Trata-se de situação que pode gerar muitos

SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 16/11/2018).

⁵⁴⁸ STJ, REsp 1179085/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010.

⁵⁴⁹ “2. Não cuida a Lei de Improbidade, no entanto, da hipótese de o mesmo agente praticar ato ímprobo no exercício cumulativo de cargo efetivo e de cargo comissionado. 3. Por meio de interpretação teleológica da norma, verifica-se que a individualização do lapso prescricional é associada à natureza do vínculo jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial. Doutrina. 4. Partindo dessa premissa, o art. 23, I, associa o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário. Ao mesmo tempo, o art. 23, II, no caso de vínculo definitivo – como o exercício de cargo de provimento efetivo ou emprego –, não considera, para fins de aferição do prazo prescricional, o exercício de funções intermédias – como as comissionadas – desempenhadas pelo agente, sendo determinante apenas o exercício de cargo efetivo. “Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário.” (STJ, REsp 1060529/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009).

embaraços práticos, com grandes injustiças, como no caso de concurso de agentes entre servidores efetivos de diferentes unidades da Federação (exemplo: esquema de fraudes licitatórias envolvendo servidores da União, cujo prazo é de 05 anos à luz do artigo 142, I, da Lei nº8.112/1990, e servidores municipais, que terão o prazo que a lei local estipular).

Com relação aos empregados públicos, há três correntes sobre o prazo⁵⁵⁰, parecendo-nos mais correta a que iguala o prazo ao dos servidores estatutários, já que os mesmos estão unidos na hipótese.

VIII.7 – Temos ainda a possibilidade do ato disciplinar punido com demissão configurar crime, fazendo com que a lei que rege as infrações dessa natureza remeta o prazo de prescrição para o de caráter penal. É o que ocorre com o artigo 142, §2º, da Lei nº8.112/1990 (estatuto dos servidores públicos federais), segundo o qual “os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas como crime.”

Essa situação gera duas grandes controvérsias, a saber:

a) a primeira diz respeito ao fato de ser necessário ou não que haja apuração na esfera penal para a incidência do prazo criminal, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) decidido que não⁵⁵¹;

⁵⁵⁰ “Na doutrina, Wallace Paiva Martins Júnior sustenta a aplicação do mesmo prazo prescricional quinquenal, previsto na Lei 8.112/1990, aos empregados públicos. José dos Santos Carvalho Filho sustenta, por sua vez, a aplicação, por analogia, do prazo prescricional previsto para os servidores estatutários da respectiva pessoa federativa aos empregados públicos. Entendemos que as hipóteses de lacuna no Direito Administrativo devem ser superadas a partir da aplicação analógica de normas que tratam das relações jurídico-administrativas que estabelecem, normalmente, o prazo prescricional de cinco anos (exemplos: arts. 173 e 174 do CTN; art. 21 da Lei 4.717/1965; Decreto 29.910/1932, art. 54 da Lei 9.784/1999, entre outros).” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa* (...), p.117).

⁵⁵¹ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDUCTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRAZO PRESCRICIONAL. 1. Capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, independentemente da instauração de ação penal. Precedente: MS 24.013, Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RMS 31506 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 25-03-2015 PUBLIC 26-03-2015).

b) qual o prazo de prescrição deverá ser adotado: o da pena em abstrato ou o da pena concretamente aplicada? Apesar de divergências, prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que deve ser considerada a pena in abstrato para o cálculo do prazo prescricional⁵⁵².

VIII.8 – Por fim, lembramos que nem sempre o ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa prescrita levará a sua imediata extinção sem resolução do mérito, haja vista ser possível a sua continuidade para fins de condenação a obrigação de reparar o dano no caso de ato doloso, pois é o caso de imprescritibilidade, como assentado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (vide tópico do princípio da reparação integral do dano).

⁵⁵² “2. Se a Lei de Improbidade Administrativa (art. 23, II), para fins de avaliação do prazo prescricional, faz remissão ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais (art. 142, § 2º) que, por sua vez, no caso de infrações disciplinares também capituladas como crime, submete-se à disciplina da lei penal, não há dúvida de que “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, [...] regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime”, conforme expressa disposição do art. 109, caput, do Estatuto Repressor. 3. Deve ser considerada a pena in abstrato para o cálculo do prazo prescricional, “a um porque o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal. Não é possível, desta forma, construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto... A dois (e levando em consideração a assertiva acima) porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.” (REsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/09/2010).” (STJ, EDv nos EREsp 1656383/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2018, DJe 05/09/2018).

4. CONCLUSÕES.

Como visto ao longo do presente trabalho, o enfrentamento à corrupção envolve atividade multidisciplinar, que demanda a atuação coletiva (nem sempre coordenada) de diversos órgãos e instituições, muitos deles com expressa previsão constitucional nesse sentido, como é o caso do controle interno da Administração Pública (cujos membros serão responsáveis solidários pelos danos causados ao erário), o Ministério Público e os Tribunais de Contas.

O sistema brasileiro anticorrupção é composto por um cabedal de normas difusas, que começam na Constituição Federal, passam pelos Tratados e Convenções Internacionais sobre o tema, bem como pelas demais leis infraconstitucionais do país, que são regulamentadas por diversas resoluções, decretos, portarias etc.

A atuação anticorrupção é um dever de cidadania a todos garantido pela Carta Máxima, ao consagrar diversos mandados constitucionais anticorrupção, dentre os quais se destacam o direito de petição, o acesso à informação, a legitimidade de qualquer cidadão ajuizar ação popular e, mesmo com polêmica, a ação penal privada subsidiária da pública, que é prevista expressamente pelas leis anticorrupção, como é o caso da lei geral de licitações e contratos públicos.

Além disso, fora apresentada a estruturação das normas constitucionais voltadas para a prevenção e repressão à corrupção, que, complementadas pelas normas internacionais aderidas pelo Brasil, compõem a tutela mínima anticorrupção, que impede retrocessos legislativos tendentes a flexibilizar o tratamento concedido aos atos de corrupção.

Também foi referenciado que a corrupção não é um problema existente apenas nas relações estritamente públicas ou público-privadas, sendo o setor privado suscetível a práticas desse jaez, o que fez o legislador internacional e pátrio já tipificarem diversas condutas nesse sentido, merecendo destaque o caso da corrupção no desporto.

Ficou sedimentado no presente trabalho que a evolução legislativa anticorrupção consagrou premissas básicas estruturantes, como os princípios da

independência das instâncias, da reparação integral do dano, da responsabilidade pessoal subjetiva, da consensualidade punitiva e da integração normativa, o que permite uma inter-relação simbiótica entre os vários diplomas normativos do sistema brasileiro anticorrupção. Nesse sentido, ficou também explicitada nossa posição pessoal quanto à aprovação de um Código Brasileiro Anticorrupção, que poderia uniformizar de maneira mais coerente a prevenção e repressão a esse fenômeno.

Além disso, vimos que existe uma tipologia própria dos atos de corrupção à luz do Direito Brasileiro, sendo muitas vezes de difícil compreensão a sua compreensão racional pelo estudioso ou prático do Direito pelo comportamento confuso do legislador, que acaba usando o mesmo termo para figuras jurídicas de natureza completamente distintas.

Por fim, à título de reflexão, foi colocada em pauta a necessidade de se revisar a ampla legitimidade que se dá ao exagerado ativismo judicial no Brasil, em que os Tribunais Superiores acabam criando elementares não previstas nos tipos penais ou estabelecendo por meio de “decisões abstratas” verdadeiras normas sem fundamento legislativo, por meio de atuação típica de legislador positivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fábio Roque & COSTA, Klaus Negri. *Processo Penal Didático*. Salvador: JusPodivm, 2018.

ABAD, Raphael Madeira. *As Diversas Espécies de Corrupção in Corrupção como Fenômeno Supralegal* – Coord. Luiz Henrique Sormani Barbugiani. Curitiba: Juruá, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Método, 25ª edição, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 27ª edição, 2010.

BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

BIELSA, Marcelo. A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração”, in RF n.157/46.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 26ª edição, 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 12ª edição, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II*. Lisboa: Coimbra Editora, 4ª edição, 2010.

CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; VENTURINI, Otavio (Coord.). *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 32ª edição, 2018.

CASTILHO, Diego Gomes. *Whistleblowing: Principais Características e Vantagens. O que o Brasil está perdendo?, in Corrupção como Fenômeno Supralegal* (Coord. Luiz Henrique Sormani Barbugiani). Curitiba: Juruá, 2017.

CASTRO. Édson de Rezende. *Teoria do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2ª edição, 2004.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILLOTTO, Mirela Miró. *Compliance nas Contratações Públicas: exigência e critérios normativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CONEGLIAN, Olivar. *Eleições 2014: Radiografia da Lei 9.504/97*. Curitiba: Juruá, 8ª edição, 2014.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 17ª edição, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, 5ª edição, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados Artigo por Artigo*. Salvador: JusPodivm, 3ª edição, 2019.

DA COSTA, Susana Henrique. *O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 2ª edição, 2015.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 26ª edição, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 12ª edição, 2018.

DE DEUS, João; ALEXANDRE, Ricardo, *Direito Administrativo Esquematizado*. São Paulo: Método, 2015, p.452.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 7ª edição, 2019.

DE MORAIS, Carlos Blanco. *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____, Carlos Blanco. *O Sistema Político – No contexto da Erosão da Democracia Representativa*. Coimbra: Almedina, 2018.

DE ROTTERDAM, ERASMO. *Elogio da Loucura* – Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2004.

DE SOUZA, Luciano Anderson. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 31ª edição, 2018.

DO AMARAL. Diogo Freitas. *História do Pensamento Político Ocidental*. Coimbra: Almedina, 2016.

DO NASCIMENTO, Antonio Rodrigues. *Crimes de Responsabilidade e Impeachment Presidencial em Portugal e no Brasil, in Estudos sobre o Constitucionalismo no Mundo de Língua Portuguesa, Vol II – Brasil e Portugal (Coord. José Melo Alexandrino)*. Lisboa: AAFDL, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Volume Único*. Salvador: JusPodivm, 3ª edição, 2018.

FILHO, André Pimentel. (Uma) Teoria da Corrupção – Corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. *As Raízes da Corrupção no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JÚNIOR, Ney Fayet; VARELA, Amanda Gualtieri. *A Ação (Penal) Privada Subsidiária da Pública – das vantagens ou desvantagens da participação do ofendido na atividade jurídico-penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 4ª edição, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2013.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 12ª edição, 2016.

GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume III*. Niterói/RJ: Impetus, 14ª edição, 2017.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção – Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16ª edição, 2014, p.22.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 22ª edição, 2018.

LOPES, José Mouraz. *O Espectro da Corrupção*. Coimbra: Almedina, 2011.

MAQUIAVEL, NICOLAU. *O Príncipe – Tradução e Notas Leda Beck*. São Paulo: Martin Claret, 2012.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 2019.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 5ª edição, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Forense, 12ª edição, 2019.

MEDEIROS, Marcilio Nunes. *Legislação Eleitoral Comentada e Anotada Artigo por Artigo*. Salvador: JusPodivm, 2017.

MENDRONI, Marcelo Baltlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 4ª edição, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*. São Paulo: Método, 7ª edição, 2019.

NUNES, Leandro Bastos. *Evasão de Divisas*. Salvador: JusPodivm, 2ª edição, 2017.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português, Volume II*. Lisboa: Almedina, 2010.

_____, Paulo. *Direito do Procedimento Administrativo, Vol. I*. Coimbra: Almedina, 2016.

_____, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais – Volume I*. Coimbra: Almedina, 3ª reimpressão, 2017.

PALERMO FERREIRA, Wilson Luiz; PORTOCARRERO, Cláudia Barros. *Leis Penais Extravagantes*. Salvador: JusPodivm, 4ª edição, 2019.

PINHEIRO, Igor Pereira. *Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral – Aspectos Teóricos e Práticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª edição, 2018.

_____, Igor Pereira. *Legislação Criminal Eleitoral Comentada – Aspectos Materiais e Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

_____, Igor Pereira. *Projeto de Lei “Anticrime” e as Mudanças na Seara Eleitoral*, in *Projeto de Lei Anticrime* (Coord. Rogério Sanches Cunha; Renée do Ó Souza; Antonio Henrique Graciano Suxberger). Salvador: Juspodivm, 2019.

_____, Igor Pereira. *Revisão Final: MPSC*. Salvador: JusPodivm, 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário*. Salvador: JusPodivm, 9ª edição, 2017.

SANTA CRUZ, André. *Direito Empresarial*. Salvador: JusPodivm, 1ª edição, 3ª tiragem, 2018.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A Corrupção de Agentes Públicos e Corrupção no Desporto: A evolução das incriminações penais, a jurisprudência, o tempo par a investigação e a delação premiada*. Coimbra: Almedina, 2018.

SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa – Teoria e Prática*. Leme (SP): JH Mizuno, 4ª edição, 2019.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral, Tomo I – Introdução e Princípios Fundamentais*. Lisboa: D. Quixote, 5ª edição, 2014.

STOCO, Rui. *Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial – Um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Interesses e Direitos Difusos e Coletivos*. Salvador: JusPodivm, 2018.

ZILIO, Rodrigo López; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comentários às Súmulas do TSE*. São Paulo: JusPodivm, 2017.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Corrupção e Improbidade Administrativa – Cenários de Risco e Responsabilização dos Agentes Públicos Municipais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.